Die Einreden des Bürgen
nach dem Rechte des Bürgerlichen Gesetzbuches.

Inaugural-Dissertation

der

juristischen Fakultät

der

Friedrich-Alexanders-Universität zu Erlangen

vorgelegt von

Hans Vollmann

aus Weißenburg i. B.

Rechtspraktikant am K. Landgericht zu Bamberg.

Approbiert am 5. Mai 1911.

Bamberg.

Buchdruckerei Johann Nagengast.

1911.

256

Die Einreden des Bürgen

nach dem Rechte des Bürgerlichen Gesetzbuches.

Inaugural-Dissertation

der

juristischen Fakultät

der

Friedrich-Alexanders-Universität zu Erlangen

vorgelegt von

Hans Vollmann

aus Weißenburg i. B.

Rechtspraktikant am K. Landgericht zu Bamberg.

Approbiert am 5. Mai 1911.

Bamberg.

Buchdruckerei Johann Nagengast.

1911.

Referent: Univ.-Professor Dr. Paul Oertmann.

Meinen lieben Eltern

in Dankbarkeit und Verehrung

gewidmet

vom Verfasser.

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41543505_0121

Inhaltsverzeichnis.

A. Einleitung.

Seite

§ 1. I. Vorbemerkung 1

II. Erläuterung der Begriffe der Darstellung

§ 2. 1. Begriff der Einrede: Einrede und Einwendung . . . 2

2. Begriff und Wesen der Bürgschaft

§ 3. a) im gemeinen Recht 6

§ 4. b) die Bürgschaft nach dem Rechte des B.G.B. . . 9

B. Hauptteil.

Die dem Bürgen zustehenden Einreden

I. Die dem Bürgen zustehenden Einreden im weiteren Sinn, insbesondere die Einwendungen

§ 5. 1. Die Einwendungen aus der Person des Bürgen . . 20

2. Die Einwendungen aus der Person des Hauptschuldners

§ 6. a) gegen das Entstehen des Anspruchs 23

§ 7. b) gegen den Fortbestand des Anspruchs . . . 26

II. Die dem Bürgen zustehenden Einreden im engeren Sinn

§ 8. 1. Einreden aus der Person des Bürgen 36

2. Einreden aus der Person des Hauptschuldners . . . 40

§ 9. a) Kurzer Rückblick auf das gemeine Recht . . . 41

b) Regelung im B.G.B.

§ 10. I. § 768 B.G.B. und seine Ausnahmen . . . 42

§ 11. II. Die Einreden aus § 768 im besonderen . . 46

§ 12. III. Im insbesonderen die Rechtsbehelfe aus § 770 B.G.B. 64

III. Die dem Bürgen zustehenden Rechtswohltaten, insbesondere die Einrede der Vorausklage

§ 13. 1. Das beneficium divisionis 75

§ 14. 2. Das beneficium cedendarum actionum 76

3. Die Einrede der Vorausklage 77

§ 15. a) im gemeinen Recht 78

§ 16. b) im B.G.B. 79

§ 17. IV. Einreden des Bürgen aus der dem Gläubiger obliegenden Diligenzpflicht 84

§ 18. V. Verlust der Einreden 93

Literaturverzeichnis.

Bendix, Das bürgerliche Recht, Bd. 1, 2. Aufl. 1904.

Büttner, Die Haftung des Bürgen (nach gemeinem Recht und dem Recht des B.G.B.) Inaug.-Diss., Greifswald 1899.

Conrades, Bürgschaft und Aufrechnung, das Recht 1903, Bd. 7 S. 308.

Cosack, Lehrbuch des deutschen Bürgerlichen Rechts, Bd. 1.

Crome, System des Bürgerlichen Rechts, Bd. 2, 1902, 1903.

Dernburg, Das Bürgerliche Recht des Deutschen Reiches, Bd. 2, 3. Aufl. 1905, 1906.

Denkschrift zum Entwurf eines B.GB., 1896.

Entwurf eines B.G.B. 1888, 1894, 1896.

Eccius, Verbürgung für eine künftige Schuld und Kreditmandat, Gruchots Beiträge, Bd. 46 S. 55 ff.

Eck, Vorträge Bd. I, 1903.

Eck, Besprechung reichsgerichtlicher Entscheidungen in Iherings Jahrb. Bd. 35, S. 294 ff.

Endemann, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, 9. Aufl. 1903.

Enneccerus, Das bürgerliche Recht. Aufl. 3.

Entscheidungen aus der Praxis:

1. Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen.
2. Seufferts Archiv für Entscheidungen der obersten Gerichte.
3. Entscheidungen in den Beilagen zu: Das Recht; Deutsche Juristenzeitung; Juristische Wochenschrift.

Fischer-Henle, Kommentar zum B.G.B., 1910.

Friedensburg, Wirkung der Aufrechnungslage und des Aufrechnungsvollzugs auf die rechtliche Stellung des Bürgen, Inaug-Diss. Breslau 1903.

Geib, Zur Dogmatik des römischen Bürgschaftsrechts, Tübingen 1894.

Girtanner, Die Bürgschaft nach gemeinem Civilrecht, 1850. Jena.

Goldmann-Lilienthal, Das B.G.B., Bd. 1, 2. Aufl. 1903.

Goldschmidt: Haupt- und Nachbürge, Mitbürgen, auxilium divisionis und cedendarum actionum in Iherings Jahrb. Bd. 26, 1888.

Hasenbalg, Die Bürgschaft des gemeinen Rechts 1870.

Hellwig, Anspruch und Klagerecht, Jena 1900.

Herms, Die Bürgschaft nach dem bürgerlichen Gesetzbuch. Inaug.-Diss. Rostock, 1900.

Hölder, Kommentar zum B.G.B., Bd. 1, 1900.

Hruza, Korrealobligationen und Verwandtes nach der 2. Lesung des Entwurfs eines B.G.B. f. d. St., Leipzig, 1895.

Isay, Schuldverhältnis und Haftungsverhältnis im heutigen Recht, Iherings Jahrb. Bd. 48 S. 187 ff.

Kohler, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, Bd. 1. 1904, Bd. 2, 1906.

Krefft, Einrede und Beweislast, Inaug.-Diss. Borna-Leipzig 1906.

Landsberg, Das Recht des B.G.B., 1904.

Langen, Einfluß der Abrechnung auf die Bürgschaft, Inaug.-Diss. Erlangen, 1897.

Matthiaß, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, Bd. 1. 4. Aufl. 1900.

Merkens, Das Recht des Bürgen auf Verwertung von Einwänden. Diss. Gelsenkirchen 1900.

Motive zum Entwurf eines B.G.B., amtliche Ausgabe 1889.

Müller-Meikel, Das Bürgerliche Recht des Deutschen Reiches, Bd. 1. 2. Aufl. 1904.

Neumann, Handausgabe des B.G.B., Bd. 1. 4. Aufl. 1905.

Oertmann, Das Recht der Schuldverhältnisse, Kommentar, 3./4. Aufl. 1910.

Plank, Bürgerliches Gesetzbuch. Aufl. 3.

Protokolle zum II. Entwurf eines B.G.B. 1897/1898.

Pulvermann, Schutz des Bürgen gegenüber dem Gläubiger, Diss. Borna-Leipzig, 1905.

Regeniter. Die Einrede der Vorausklage, Diss. Borna-Leipzig 1903.

Rehbein, Das B.G.B. mit Erläuterungen Bd. II 1903.

Reichel, Schuldmitübernahme, Jena, 1909.

Reichling, die Schutzmittel des Bürgen, Diss., Münster, 1907.

Rothenburg, Zur Lehre vom Regreß des Bürgen gegen den Hauptschuldner, Grüchots Beitr. Bd. 33, S. 380 ff.

Rümelin im Archiv f. d. civ. Praxis Bd. 97.

Scherer, Das Recht der Schuldverhältnisse des B.G.B., Kommentar, 1898.

Schill, Die Einreden des Bürgen, Diss., Borna-Leipzig 1904.

Schollmeyer, Das Recht der einzelnen Schuldverhältnisse, 1904.

Seyfferth, Der Schutz des Bürgen gegenüber dem Gläubiger, Diss., 1905. Leipzig.

Siber, Rechtszwang im Schuldverhältnisse, Leipzig 1903.

Sievers, Bürgschaft und Aufrechnung, Das Recht, Bd. 7, 1903, S. 243 ff.

Stammler, Der Garantievertrag, Archiv f. d. civ. Praxis Bd. 69, S. 1 ff.

Strube, Inwiefern stehen die Einreden des Hauptschuldners dem Bürgen zu, Diss., Erlangen, 1895.

Thon, Die rechtsverfolgende Einrede, in Iherings Jahrb. Bd. 28 S. 37 ff.

Töbelmann, Die Bürgschaft, Diss., 1904 Bremen.

Unger, Die Einrede der Vorausklage und der Begriff der Bürgschaft im deutschen Entwurf, Iherings Jahrb. Bd. 29, 1890 S. 1 ff.

Urbaneck, Die Aufrechnungsbefugnis des Bürgen, Diss., Breslau, 1908.

Werner, Die rechtliche Stellung des Kaufpreisbürgen bei Sachmängeln nach dem Rechte des B.G.B., Diss., 1907 Erlangen.

Westerkamp, Bürgschaft und Schuldbeitritt, Berlin, 1908.

Westphal, Verpflichtungen des Gläubigers gegenüber dem Bürgen, Diss., Breslau 1906.

Windscheid-Kipp, Pandekten, Aufl. 8, 1900.

Weitere nur zu Einzelfragen in Betracht kommende Literatur ist am gegebenen Orte verzeichnet.

A. Einleitung.

§ 1.

I. Vorbemerkung.

Gar zahlreich und mannigfach sind die Schutzmittel, die dem Bürgen gegenüber dem Anspruch des Gläubigers zu Gebote stehen. An erster Linie steht wohl die Unsumme von Einreden, mittels deren der Bürge der Klage des Gläubigers wirksam entgegenzutreten vermag. Dreierlei Arten von Einreden sind hiebei zu unterscheiden: Die erste ist die Konsequenz der Schuldnerqualität des Bürgen, er kann sich daher schützen durch den Hinweis auf in seiner Person eintretende Umstände, die an sich, bezw. durch Berufung darauf ihn von seiner Verbindlichkeit befreien. Ferner hat der Bürge ein Recht auf Verwertung von Einreden aus der Person des Hauptschuldners und endlich sind ihm mit Rücksicht auf seine gefährdete Stellung dank der eigenartigen Struktur des Bürgschaftsverhältnisses gewisse sogenannte Rechtswohltaten verliehen, aus denen er Einreden herleiten kann.

Zunächst scheint es angezeigt den Begriff „Einrede" zu analysieren und dann die nicht uninteressante Frage zu erörtern, wer überhaupt im heutigen Recht „Bürge" ist, wie weit sich namentlich der Umfang des Bürgschaftsverhältnisses erstreckt. Damit dürfte m. E. der Boden gewonnen sein für die Behandlung der Hauptfrage, inwiefern nun ein solcher Bürge berechtigt ist Einreden aus der Bürgschaft zu verwerten, d. h. sich ihrer rechtswirksam zu bedienen zum Schutze gegen den Gläubiger.

II. Erläuterung der Begriffe der Darstellung.

§ 2.

1. Begriff der Einrede: Einrede und Einwendung.

Wohl eine der umstrittensten Fragen ist die nach der rechtlichen Struktur des Begriffes der Einrede. Schon während der Herrschaft des gemeinen Rechtes traten sich hier die Anschauungen der Rechtsgelehrten schroff gegenüber[1]) und auch das B.G.B. hat diesen Streit nicht endgültig geschlichtet. Der Grund hiefür ist meines Ermessens zweifellos teils darin zu finden, daß der Begriff Einrede sowohl im Privatrecht wie im Prozeßrecht vorkommt, teils jedoch darin, daß bis in die neueste Zeit herein der römisch-rechtliche Begriff der exceptio mit dem der Einrede anscheinend untrennbar verbunden wurde.

Forschen wir nach einer Definition der Einrede im bürgerlichen Gesetzbuch selbst, so finden wir hier eine solche nicht und es möchte fast scheinen, als ließe uns das B.G.B. bei der Beantwortung dieser Frage durchaus im Stich. Es käme von den Bestimmungen des B.G.B. höchstens der § 390 in Betracht,[2]) in dem als dem einzigen § des B.G.B. eine Bestimmung über die Einrede überhaupt getroffen wird. Doch ist auch diese Bestimmung nur negativen Inhalts und schließt überdies die Einrede der Verjährung aus, so daß aus ihr für den Begriff der Einrede so viel wie nichts zu ersehen ist. Jedoch ist es nicht schwer, auf Grund anderer Bestimmungen des B.G.B. — vgl. z. B. § 202 Abs. 1 über die dilatorischen Einreden — wenigstens das allen Einreden mehr oder minder gemeinsame charakteristische Merkmal mit voller Klarheit zu kennzeichnen: durch die oftmals wiederkehrende Wendung „kann verweigern", „ist berechtigt zu verweigern" tritt uns die Rechtsnatur der Einrede klar vor Augen, es stellt sich somit die Einrede dar als ein Leistungsverweigerungsrecht, als

---

[1]) cf. Windscheid, Pandekten Bd. I § 47 Anm. 1. Auf den hierüber herrschenden Streit kann hier nicht näher eingegangen werden.

[2]) § 390 B.G.B.: „Eine Forderung, der eine Einrede entgegensteht kann nicht aufgerechnet werden. Die Verjährung schließt die Aufrechnung nicht aus, wenn die verjährte Forderung zur Zeit, zu welcher sie gegen die andere Forderung aufgerechnet werden konnte, noch nicht verjährt war.

eine Art subjektive Berechtigung, die darin besteht eine geschuldete Leistung auf Grund eines bestimmten Umstandes verweigern zu dürfen.

Mit den Motiven[1]) werden wir daher die Einrede charakterisieren dürfen als die Berufung auf ein Recht oder einen sonstigen Umstand, der zwar den Bestand des geltend gemachten Anspruchs unberührt läßt, dessen Vorliegen aber den Schuldner berechtigt die geschuldete Leistung für immer oder vorläufig zu verweigern; der an sich bestehende Anspruch wird somit nur in seiner Wirksamkeit gehemmt.

Streng zu scheiden von diesem Begriff der Einrede ist der der Einwendungen. Zwar ist nicht zu verkennen, daß das Gesetz den Einredebegriff in dem eben geschilderten Sinn oft in einem weiteren Umfang gebraucht, nämlich in dem Sinn von Einwendung, vgl. § 1157 B.G.B., an und für sich sind jedoch zweifellos diese Begriffe keineswegs identisch. Einwendungen sind nämlich solche Tatsachen, die, wenn sie wahr sind, den prima facie aus Klagetatsachen sich ergebenden Schluß auf Begründung des Anspruchs im konkreten Falle als unrichtig erscheinen lassen. Es ist demgemäß unter dem Begriff Einwendungen alles zusammenzufassen, was ohne Leugnung der Klagetatsachen einem Anspruch gegenüber als Verteidigungsmittel geltend gemacht werden kann sowohl im Hinblick auf sein Bestehen als auch auf seine Durchführung. Und zwar sind hier zu unterscheiden solche Tatsachen, welche das klägerische Recht an sich gar nicht zur Entstehung kommen lassen, sog. rechtshindernde Tatsachen, z B. Geschäftsunfähigkeit, und ferner Tatsachen, welche den Fortbestand des Anspruchs unmöglich machen, die somit das an und für sich entstandene Recht später zerstört haben, z. B. Zahlung, sog. rechtsvernichtende Tatsachen. Gegenüber diesen Einwendungen, die bezüglich des Bestehens des Anspruches gelten, kommen, was die Durchführung des Anspruches anbelangt, hier die sog. rechtshemmenden Tatsachen in Betracht: es wird ein Nießbrauch oder ein sonstiger Umstand, z. B. Betrug geltend gemacht, wodurch der an sich zu Recht bestehende Anspruch für

[1]) Motive Bd. I S. 254, siehe auch Bd. I S. 359 und 360. Desgleichen die herrschende Meinung Plank, Kommentar zum B.G.B. Bd. I S. 49, Eck Vorträge Bd. I S. 226.

immer (peremptorisch) oder nur vorläufig (dilatorisch) in seiner Wirksamkeit gehemmt wird. Und diese rechtshemmenden Tatsachen wiederum unterscheiden sich in solche, die das Recht hemmen, den Anspruch aber ganz ausschließen (z. B. § 1004 B.G.B.) und solche, die für den Verpflichteten das Recht begründen die Erfüllung des Anspruchs dauernd oder blos vorübergehend zu verweigern.[1]) Während demnach die rechtshindernden und die rechtsvernichtenden Tatsachen dem Rechte mit und durch ihren Eintritt den Bestand entziehen und ein Teil der rechtshemmenden Tatsachen den Anspruch ausschließt, begründen die rechtshemmenden Tatsachen bloß ein Gegenrecht für den Verpflichteten und geben ihm (vergl. Endemann)[2]) die rechtliche Macht, die Geltendmachung des Anspruchs auszuschließen. „Dieses Gegenrecht bezeichnet das B.G.B. als „Einrede" in dem oben erörterten Sinn".[3]) Einer kleinen Ungenauigkeit in der Ausdrucksweise machen sich demnach meines Ermessens die Motive[4]) schuldig, wenn sie sagen, daß Einreden im materiellen Sinn solche Umstände sind, welche die Befugnis gewähren die Befriedigung des Anspruchs verweigern zu dürfen, obwohl der Anspruch an und für sich besteht. Geht doch aus dem Gesagten zur Evidenz hervor, daß nicht jene Umstände, welche die Befugnis gewähren, sondern diese Befugnis selbst Einrede heißt. Daraus folgert auch m. E., daß es mehr oder minder ungenau ist hinsichtlich dieses Gegenrechtes im B.G.B. von einem „Einrederecht"[5]) zu sprechen, ungenau und unlogisch deshalb, weil die Einrede selbst das Recht darstellt.

Wir kommen somit zu folgendem Schlußergebnis: Alle die rechtserheblichen Umstände, die den Klagetatsachen zu Gunsten des Beklagten möglicherweise gegenüberstehen, bezeichnet das B.G.B.

---

[1]) Es begründen demnach nicht sämtliche rechtshemmenden Tatsachen ein Gegenrecht. Dies wird noch vielfach in der Literatur verkannt, siehe übrigens Cosack Bd. I § 79 S. 279 ff. und Neumann, Handausgabe des B.G.B. Bd. I S. XLIII.

[2]) Endemann, Lehrbuch Bd. I S. 354.

[3]) Plank, Kommentar zum B.G.B. Bd. I S. 49.

[4]) Motive zum B.G.B. Bd. I S. 359.

[5]) Hellwig, Anspruch und Klagerecht, S. 8 unterscheidet
a) Einrederecht = Einrede im Sinne des B.G.B.
b) Einredetatsache = Umstand, der die Einrede begründet.
c) Einredeverbürgen = Einrede im Sinne der C.P.O.

als Einwendungen[1]), diese selbst zerfallen wieder in Einwendungen im engern Sinn, d. h. Tatumstände, welche den klägerischen Anspruch in seinem Entstehen und Fortbestehen hindern, bezw. das entstandene Recht wieder vernichten oder das Recht zwar hemmen, dagegen den Anspruch vernichten, anspruchsverneinende[2]) Tatsachen, und anderseits in die sog. Einreden, d. h. Gegenrechte gegenüber dem klägerischen Anspruch, anspruchsverfolgende Tatsachen. Letztere entsprechen den römischen Exceptionen und bilden die materiellen Einreden des gemeinen Rechts und die Einreden des B.G.B.[3])

All diese Einwendungen sind unter dem Begriff Einreden im weiteren Sinn[4]) zu subsumieren, sie fallen alle unter den Begriff Einrede im Sinne unserer Abhandlung. Unrichtig ist es dagegen zu behaupten[5]), daß das B.G.B. selbst in manchen Fällen die Bezeichnung der „Einrede im weiteren Sinn", also übereinstimmend mit Einwendung gebraucht.

Einwendungen und Einreden decken sich somit keineswegs, Einrede ist der engere Begriff, Einwendungen der weitere, welcher auch die Einrede i. e. S. mit umfaßt (cf. z. B. §§ 344, 404, 417, 784, 1184 B.G.B.).

Wer ist nun berechtigt diese Einreden — in dem weiter gefaßten Sinne unserer Darstellung — geltend zu machen? Offenbar nur derjenige, in dessen Person sie begründet sind. Es liegt darum klar auf der Hand, daß das Recht der Bürgen auch Einreden ex persona tertii, aus der Person des Hauptschuldners für sich zu verwerten und sich gewisser vom B.G.B. unter dem Begriff Einreden subsumierter Rechtswohltaten zu bedienen, auf triftigen Gründen beruhen muß. Wo diese Gründe zu suchen sind,

---

[1]) Also die rechtserheblichen Umstände selbst, nicht deren Behauptung; als solche erscheint die Einwendung im C.P.O. A. M. Crome System Bd. I S. 182: Einwendung ist das „Vorbringen".

[2]) Thon in Iherings Jahrbücher Bd. 28 S. 50 ff.

[3]) Im prozessualen Sinn dagegen ist Einrede jede auf Abweisung der Klage oder Modifikation der Verurteilung hinzielende Behauptung, die der Behauptende zu beweisen hat. Von dieser prozessualen Einrede ist in dieser Abhandlung keine Rede.

[4]) Cosack Bd. I S. 280.

[5]) Hölder, Kommentar zum B.G.B., Allg. Teil, Vorbemerkung zu § 194, S. 409.

ist m. E. unschwer zu erraten: sie beruhen in der eigenartigen Stellung des Bürgen, in der juristischen Struktur des in Frage kommenden Rechtsgeschäftes. Es dürfte demnach für die Lösung unserer Frage von tiefgreifender Bedeutung sein Begriff und Wesen der Bürgschaft einer kürzeren Untersuchung zu unterziehen.

2. Begriff und Wesen der Bürgschaft.

§ 3.

a. Im gemeinen Recht.

Im Justinianischen Recht gab es für den Bürgschaftszweck eine Stipulation, ein Paktum und einen Consensualkontrakt: die fideiussio, die eigentliche Bürgschaft, wodurch man in Stipulationsform dem Gläubiger dafür zu sorgen verspricht, daß der Hauptschuldner seine Verbindlichkeit erfüllt, das constitutum debiti alieni, das bloße formlose Versprechen, das zu zahlen, was ein anderer schuldet und endlich das sog. mandatum qualificatum, Kreditauftrag, Kreditbürgschaft, durch welches man jemand den Auftrag gibt auf die Gefahr des Auftraggebers einem Dritten Kredit zu gewähren.

Es ist nun lebhaft bestritten, welche dieser Formen im gemeinen Recht noch gegolten haben. Manche behaupten, es bestand damals nur noch eine Bürgschaft, andere wollen wenigstens die fideiussio und das constitutum in ein Institut verschmelzen, wieder andere verteidigen die Aufrechterhaltung aller drei Formen.

Wie oben erwähnt bestand der Unterschied zwischen fideiussio und constitutum im römischen Recht formell darin, daß die fideiussio als Stipulation, das constitutum dagegen formlos eingegangen wurde. Daraus aber, daß mit der Stipulation die Verschiedenheit verschwand, darf man nicht ohne weiteres folgern, daß nunmehr fideiussio und constitutum verschmolzen sind. Besteht doch zwischen beiden Instituten zweifellos ein großer materiellrechtlicher Unterschied! Der Fideiussor will neben dem Hauptschuldner schulden, will die Schuld des reus durchaus als die seine ansehen und teilnehmen an der Entwicklung, die sie durchmachen

wird infolge der Verknüpfung mit der Person des Hauptschuldners.[1]) Der Constituent dagegen begründet eine eigene Schuld, indem er das, was der Hauptschuldner schuldet, in dem Umfang, wie es sich zum Zeitpunkt des Constituierens oder späteren Entstehens der bedingten oder befristeten Hauptverbindlichkeit darstellt, dem Gläubiger zu einem bestimmten Termin zu zahlen verspricht.

Man kann vielmehr nur fragen, ob beide oder eine dieser Bürgschaftsformen überhaupt noch praktisch sind. Darauf ist zu antworten, daß der Verkehrsanschauung des gemeinen Rechts dieser subtile Unterschied durchaus fremd ist. Sind sich doch die Vertragschließenden des Gegensatzes zwischen fideiussio und constitutum wohl kaum bewußt. Doch wird man allerdings annehmen dürfen, daß derjenige, der zur Sicherheit des Gläubigers für eine fremde Schuld neben dem Hauptschuldner einzustehen verspricht, im Zweifel nicht konstituieren will im römisch rechtlichen Sinn.

„Die Vertragsschließenden wissen wohl sehr genau, daß der Bürge verpflichtet sein soll eine Verbindlichkeit zu erfüllen, die ihm materiell eine fremde ist, aber sie dürften wohl regelmäßig sehr in Verlegenheit kommen, wenn sie Antwort auf die Frage geben sollten, ob sie wollen, daß diese Verbindlichkeit als solche auf den Bürgen übergehen solle, oder ob sie wollen, daß für denselben eine besondere Verbindlichkeit zur Erfüllung der Verbindlichkeit des Hauptschuldners entstehen solle."[2]) Auf jeden Fall jedoch müssen sich die Parteien bewußt sein, daß das constitutum auf der einen Seite über den Sicherungszweck hinausreicht, weil die Verpflichtung daraus die Hauptschuld überdauern kann, andernfalls aber den Sicherungszweck nicht vollkommen erreicht, insofern für die Leistungspflicht des Konstituenten die späteren Erweiterungen der Hauptschuld außer Ansatz bleiben. Es müssen demnach die Eigentümlichkeiten dieser Rechtsinstitute, sei es nun der fideiussio oder des constitutum beim Vertragsschluß gerade gewollt und ausdrücklich vereinbart sein, da der formelle Entstehungsakt selbst, anders als im römischen Recht, keinen Anhaltspunkt mehr bietet zur Subsumierung des Bürgschaftsgeschäftes unter die eine oder andere Kategorie.

[1]) vgl. Girtanner, S. 403, Anm. 19.
[2]) cf. Windscheid, Bd. II § 476, Anm. 5.

Die Verlegung der Unterscheidungsmerkmale in den Willen der Parteien hat jedoch zur Folge, daß eine Verbürgung nach Art des constitutum Kenntnis des Constitutsrechts bei den Vertragsschließenden voraussetzt, ein Moment, das kaum vorkommen dürfte.

Es lebt jedoch vielmehr in der Verkehrsanschauung des gemeinen Rechts die Bürgschaft einzig und allein weiter nach Art der fideiussio; nicht aus dem Grunde, weil etwa fideiussio und constitutum vollständig ineinander aufgegangen und verschmolzen sind, wie man leicht annehmen könnte, sondern weil die Verbürgung in der Form des constitutum sich darstellt als ein „abgestorbenes Rechtsinstitut, dessen künstlicher, theoretischer Aufbau im Verkehrsleben, dem Leben der nackten Wirklichkeit, keine Stelle mehr finden kann."[1])

Wer demnach sich für eine fremde Schuld verbürgt, will nur haften, wenn zu der Zeit, zu welcher er in Anspruch genommen wird, die Hauptschuld noch besteht, nicht auch, wenn diese in der Zwischenzeit, insbesonders durch Verjährung untergegangen ist. Diesen Standpunkt vertritt auch das Reichsgericht[2]): Nach heutigem Recht ist es bei Interceſſionen ganz unerheblich, ob die Verpflichtung des Intercedenten sich in das Versprechen der Erfüllung der Verbindlichkeit des Hauptschuldners oder in das Versprechen, daß er neben dem Hauptschuldner schuldig sein wolle, einkleidet. Das heutige Recht nimmt, soweit der Intercedent eben nur verspricht, was der Schuldner zu leisten hat, nur einen Bürgschaftsvertrag an, auf welchen es die Grundsätze der fideiussio anwendet, soweit nicht letztere aus der Begründungsform originieren. Steht nicht bloß die Sicherheit des Gläubigers in Frage, sollen dem Gläubiger noch darüber hinaus Vorteile gewährt werden, so wird allerdings in Frage kommen, ob nicht die besonderen Rechtssätze des constitutum Anwendung zu finden haben.

Die wahre Bürgschaft im Sinne des gemeinen Rechts ist somit nur als eine freier entwickelte fideiussio zu betrachten, freier entwickelt deshalb, weil der formelle Begründungsakt und die Eigentümlichkeiten hinsichtlich der alia res und durior causa mit der stricti iuris Natur völlig verschwunden

[1]) Endemann, „Einführung in das B.G.B." Bd. I § 190, Anm. 3.
[2]) Entscheidung des Reichsgerichts Bd. X S. 187.

sind, und als fideiussio aus dem Grunde, weil diese „den Bürgschaftswillen, d. h. den Willen nur zur Sicherheit des Gläubigers zu haften, am reinsten und unmittelbarsten zum Ausdruck bringt.“[1])

§ 4.

b. Die Bürgschaft nach dem Rechte des B.G.B.

Im System des gemeinen Rechtes bildete die Bürgschaft eine Unterart des allgemeinen Begriffes der Intercessionen, d. h. der Übernahme einer fremden Schuld im fremden Interesse. Im B.G.B. dagegen wird sie im besonderen Teil der Schuldverhältnisse als ein Vertrag eigener Art, contractus sui generis, behandelt, in dem die gemeinrechtlichen Vorschriften über die Intercessionen, insbesondere das Verbot, daß Frauen keine Bürgschaft übernehmen dürfen, keine Aufnahme gefunden haben.

Den mehr oder minder lebhaften Streit, wie er im gemeinen Recht über die rechtliche Struktur des Bürgschaftsvertrags herrschte, hat das bürgerliche Gesetzbuch in ebenso einfacher wie genialer Weise dadurch geschlichtet, daß es einen einzigen und einheitlichen Begriff des Bürgschaftsvertrages aufstellte ohne Unterscheidung verschiedener Arten und Formen desselben; dies ist meines Ermessens um so richtiger als, wie oben erwähnt, selbst von Vertretern der gegnerischen Ansicht im gemeinen Recht zugegeben wird, daß der von ihnen noch aufrecht erhaltene Unterschied zwischen fideiussio und constitutum vom heutigen Volksbewußtsein nicht mehr empfunden wird.

Nach § 765 B.G.B. charakterisiert sich die Bürgschaft als ein „Vertrag, durch welchen sich der Bürge gegenüber dem Gläubiger eines Dritten verpflichtet für die Erfüllung der Verbindlichkeiten des Dritten einzustehen“: Der Zweck der Bürgschaft ist somit ausschließlich Sicherung des Gläubigers, wobei freilich nicht zu verkennen ist, daß dieser Sicherungszweck in der vom B.G.B. enthaltenen Legaldefinition nicht in unzweideutiger Weise zum Ausdruck gebracht ist. Es wurde nämlich bei den Beratungen der 2. Gesetzeskommission[2]) durchaus nicht verkannt, daß die Aus-

[1]) vgl. Windscheid-Kipp, II § 476, Anm. 6.
[2]) cf. Protokolle Bd. I S. 461.

drucksweise „für die Erfüllung einer Verbindlichkeit einstehen" besonders auch für den eigentlichen Garantievertrag gebraucht wird, den man ja nach den treffenden Ausführungen Stammlers[1]) und Wiensteins[2]) auch für das bürgerliche Recht anzuerkennen hat. Im Gegensatz zur Bürgschaft besteht das Wesen des Garantievertrags darin, daß sich der Garantierende zum unentgeltlichen Ersatz des Schadens verpflichtet, der jemand aus einem rechtlichen oder tatsächlichen Verhältnis erwächst. Da jedoch in keiner Weise ersichtlich ist, daß die juristische Eigenart des Bürgschaftsvertrags gegenüber dem Garantievertrag eine Veränderung erleiden sollte,[3]) so geht die Verpflichtung des Bürgen nach wie vor in erster Linie dahin,[4]) die Verbindlichkeit des nicht leistenden Hauptschuldners zu „erfüllen" — ein Ausdruck, gegen den sich allerdings Siber[5]) lebhaft sträubt — und der Bürge ist nur dann anstatt zur Erfüllung zum Schadenersatz wegen Nichterfüllung verpflichtet, wenn nach den allgemeinen Regeln über die Verpflichtung zur Leistung des Interesses wegen vertragswidrigen Verhaltens in der

[1]) Stammler im Archiv für civ. Praxis Bd. 69 S. 73: Der Garant übernimmt den beim Unternehmen drohenden Schaden unentgeltlich.

[2]) Wienstein: im Archiv für bürgerliches Recht Bd. 31, S. 1—20. Inwiefern gibt es nach geltendem Privat-Recht einen besonders gearteten Garantievertrag?

[3]) vgl. auch Reichsgericht Entscheidungen für Zivilsachen Bd. 61, S. 157: Abzulehnen ist der Standpunkt der Motive Bd. II, S. 658, daß die Bürgschaft ein Fall des Garantievertrags sei.

[4]) Windscheid hält jenen Garantievertrag, durch welchen man sich zum Ersatz des den Gläubiger durch die Nichterfüllung der Verbindlichkeit des Schuldners entstandenen Schaden verbürgt, für eine besondere Art des Bürgschaftsvertrags.

[5]) vgl. Siber: in Iherings Jahrbüchern Bd. 50, S. 106 ff: „Auch wenn die Verpflichtung des Bürgen auf das Gleiche geht wie die Hauptschuld, so ist ihre Erfüllung doch nicht Erfüllung der Hauptschuld, weil sie diese nicht tilgt, sondern nur ihren Übergang zur Folge hat; ebensowenig ist sie freilich Schadenersatzleistung wegen Nichterfüllung. Man könnte die Bürgschaft nur als Ersatzleistung wegen Nichterfüllung der Hauptschuld bezeichnen."

cf. auch Siber Rechtszwang S. 238: Die Verpflichtung des Bürgen kann von vornherein auf etwas anderes gehen als die Hauptschuld, zb. bei Hauptverpflichtungen zu unvertretbaren Arbeitsleistungen. Auch sonst ist ihre Erfüllung nicht Erfüllung der Hauptschuld trotz des fehlerhaft gefaßten § 766 Abs. 2.

Person des Hauptschuldners oder des Bürgen selbst[1]) — sei es durch Vereitelung oder Verzögerung oder Verschulden nach § 283 B.G.B. — die Voraussetzungen der Schadensersatzpflicht eingetreten sind.

Immerhin ist der Zweck der Bürgschaft ausschließlich ein Sicherungszweck, was sich aus § 767 Abs. I B.G.B. ergibt: „Für die Verpflichtung des Bürgen ist der jeweilige Bestand der Hauptverbindlichkeit maßgebend". In diesem Sinn ist die wahre Bürgschaft streng accessorischer[2]) Natur, d. h. sie steht und fällt mit der Hauptschuld, ist in einem steten Anlehnungs- und Abhängigkeitsverhältnis zur Hauptschuld begriffen. Diesen Gedanken bringen die Motive[3]) zum Ausdruck, wenn sie erklären, daß ein unter Verzicht auf die Einrede der Vorausklage geschlossener Bürgschaftsvertrag deshalb noch als echte Bürgschaft anzusehen sei, weil dadurch (durch diesen Verzicht) nichts an der accessorischen Natur der Bürgschaft geändert werde. Die Verpflichtung des Bürgen geht somit regelmäßig auf das Gleiche wie die Hauptschuld; nur dann, wenn die dem Hauptschuldner obliegende Leistung dem Bürgen unmöglich wird, geht seine Verbindlichkeit auf Geldleistung, also auf etwas anderes als die Hauptschuld.[4])

Keine wahre Bürgschaft wäre es daher, wenn gemäß Parteiverabredung für die Verpflichtung des Bürgen der jeweilige Bestand der Hauptverbindlichkeit im Gegensatz zu § 767 nicht maßgebend sein sollte, wenn also z. B. der Bürge ein plus verspricht

---

[1]) Marcus, materielle Grundfragen aus dem Bürgschaftsrecht nach B.G.B. 1906: Verursacht der Bürge trotzdem in schuldhaft vertretbarer Weise die Unmöglichkeit der Erfüllung, so haftet er dem Gläubiger auf das Interesse ex contractu.

[2]) so auch die herrschende Meinung, vgl. Motive Bd. II, S. 659 ff. Protokolle S. 464 ff, Dernburg Pandekten Bd. II, S. 78 Ziff. 1. Oertmann, 3. u. 4. Aufl., S. 934.

Der Grundsatz der Accessorietät selbst für das Bürgschaftsrecht des B.G.B. findet Ausdruck in § 765 B.G.B.: „Einstehen für die Erfüllung der Verbindlichkeit des Hauptschuldners heißt eben nichts anderes als einstehen für pflichtgemäßes Tun des Hauptschuldners, einstehen für den Hauptschuldner. Wer sich verbürgt, verbürgt sich für eine Person, haftet für den Schuldner, nicht für die Schuld." Siehe Westerkamp, Bürgschaft und Schuldbeitritt. S. 81 ff.

[3]) Motive Bd. II, S. 670.

[4]) Siber in Iherings Jahrbüchern Bd. 50, S. 106 ff.

oder sich zu einer anderen Leistung oder unter lästigeren Bedingungen im Vergleich zum Hauptschuldner verpflichtet und sich hiedurch seine Verbindlichkeit insoweit nicht mehr accessorisch zur Hauptschuld verhält. Gibt der Bürge ein solches weitergehendes Versprechen ab, so kann dasselbe, soweit es das Maß der Verpflichtung des Hauptschuldners übersteigt, nach dem Willen der Parteien als Schenkungsversprechen oder sonstiges Schuldversprechen Geltung haben.[1])

Ist das letztere jedoch nicht der Fall, so ist gemäß § 139 B.G.B. der ganze Bürgschaftsvertrag als nichtig zu behandeln, es sei denn, daß er auch ohne den absolut nichtigen Teil abgeschlossen wäre, was wohl meistens der Fall sein wird. Geht die Verbindlichkeit des Bürgen auf eine alia res, so hat zwar eine derartige Verabredung nun nicht die Wirkung, daß der Bürge nunmehr als Bürge dem Gläubiger verpflichtet sein könnte die alia res zu leisten, jedoch kann zweifellos zu dieser Leistung der Bürge mit der Wirkung der Erfüllung berechtigt sein. Es hat demnach eine derartige Parteiverabredung nur die Bedeutung einer Erleichterung der Rechtsstellung des Bürgen: der Bürge, der selbstverständlich seine und des Hauptschuldners Verbindlichkeit durch Leistung nach Maßgabe des Bestandes der Hauptverbindlichkeit tilgen kann, hat nunmehr auch die facultas alternativa beide Verbindlichkeiten durch Leistung der alia res als datio in solutum zu erfüllen.[2])

Wenn somit der Bürge *mehr* verspricht oder sich sonst *schwerer verpflichtet* als der Hauptschuldner, so ist das als Bürgschaft unwirksam. Daraus folgt jedoch mit nichten die absolute Unwirksamkeit eines solchen Versprechens[3]), sondern es kann für den Überschuß als Schuldversprechen gemäß den §§ 780 ff. B.G.B. aufrecht erhalten werden, allerdings wohl nicht unterschiedslos, sondern nur im Wege der Umdeutung gemäß § 140 B.G.B.[4])

[1]) Motive, Bd. II S.

[2]) Siber Rechtszwang, S. 238: Die Vereinbarung, daß der Bürge etwas anderes als der Hauptschuldner leisten soll, ist als Bürgschaft in der Regel nur möglich, wenn sie den Sinn hat, daß der Bürge zur Leistung an Erfüllungsstatt berechtigt sein soll.

vgl. auch Plank II, S. 511, 6.

[3]) Benedix in der jur. Wochenschrift 1906, S. 589 ff.

[4]) Oertmann zu § 767 Nr. 7, S. 942.

Immerhin hat man sich in diesen Fällen zu fragen, ob das vorliegende Rechtsgeschäft überhaupt noch Bürgschaft im Sprachgebrauch des Verkehrslebens genannt werden darf und wenn ja, ob nicht einfach modifiziertes Bürgschaftsrecht zur Anwendung gebracht werden kann. Man muß sich jedoch davor hüten hier künstlich theoretische Konstruktionen herauszuklügeln, wo es sich vielleicht bloß um „Scheinexistenzen“[1]) handelt. Gleichwohl ist es undenkbar hier von einem Constitutum in dem oben erwähnten Sinne reden zu wollen. Wenn auch die Motive Bd. 2 S. 658 erklären: „Das Übergehen des Constitutum im Gesetzbuch schließt nicht aus den konkreten Vertrag dahin auszulegen, daß die Parteien die Eigentümlichkeiten gewollt haben, durch welche sich nach römischem Recht das Constitutum von der Bürgschaft unterschied“, so ist es doch durchaus nicht am Platze unter der Ära des B.G.B., zumal das Leben „zwischen diesen feinen Nuancen kaum einen Unterschied mehr macht“[2]), noch in dieser Beziehung dem Constitutum eine Stelle offen zu lassen; man hat demnach hier lediglich zu unterscheiden, ob die Verbindlichkeit des Bürgen, soweit sie die des Hauptschuldners übersteigt, als integrierender Bestandteil oder als Hauptvertrag selbst aufgefaßt werden muß.

Aus dem Princip der Accessorietät folgt, daß grundsätzlich nur, solange und insoweit eine solche Hauptschuld besteht, von einer Bürgschaft überhaupt eine Rede sein kann. Liegt somit eine ungiltige Hauptschuld vor, so ist eo ipso auch die Bürgschaft von ihrem Beginn an nichtig.[3]) Ungiltig kann aber die Hauptverbindlichkeit sein, wenn es sich um einen nichtigen Vertrag[4]) handelt, oder um einen Vertrag, durch den nach den Bestimmungen des B.G.B. eine Verbindlichkeit nicht begründet wird[5]), oder wenn die Hauptverbindlichkeit gar nicht zur Entstehung gelangt, sei es daß sie wegen Verstoßes gegen die guten Sitten nichtig ist, sei es daß sie gemäß § 119 B.G.B. wirksam

[1]) Dernburg, Bd. II, S. 210.

[2]) Oertmann, Vorbemerkung zu § 765, S. 933.
a. M. Wienstein, Archiv f. bürgerl. Recht Bd. 31, S. 6 ff.

[3]) Vgl. Plank, S. 824 zu § 765 Nr. 8a; Eck S. 567: „Ist die Hauptschuld erloschen, nichtig oder entkräftet, dann existiert keine Bürgschaft. Sollte sie gerade für diesen Fall übernommen sein, so liegt ein Garantievertrag vor.“

[4]) B.G.B. §§ 134, 138;

[5]) B.G.B. §§ 656, 762, 764.

angefochten ist oder daß ihr die nach § 108 erforderliche Genehmigung versagt wurde. Ebenso erlischt mit dem Wegfall der Hauptforderung, mag nun der Gläubiger befriedigt sein oder nicht, auch die Verpflichtung der Bürgen.[1])

Wie nun, wenn überhaupt schon von vornherein feststeht, daß der Hauptschuldner seine Verbindlichkeit sei es ganz oder teilweise nicht erfüllen wird, — z. B. der Gläubiger soll eine Befriedigung seiner Forderung nur in Höhe der Konkursdividende erhalten? In diesem Falle liegt in der Zusage einen Teil des dem Gläubiger entstehenden Ausfalls zahlen zu wollen, meines Ermessens überhaupt keine wirkliche Bürgschaft vor, sondern lediglich eine selbständige Zusage, für welche die schriftliche Form des Bürgschaftsvertrags nicht erforderlich ist.[2])

Eine äußerst bestrittene Frage ist es, ob für Naturalobligationen eine Bürgschaft wirksam übernommen werden kann. Im allgemeinen ist meines Erachtens diese Frage zu verneinen, da der Begriff der Naturobligation als solcher vom B.G.B. nicht zur Genüge anerkannt wird. Bei denjenigen Ansprüchen jedoch, bei welchen zwar eine Klage auf Erfüllung nicht gegeben ist, die aber in gewissen Beziehungen mit immerhin nicht unerheblichen Rechtswirkungen ausgestattet sind[3]), so beim verjährten Anspruch, bei Spiel- und Wettschulden und bei der Schuld aus einem Differenzgeschäft dürfte doch im einzelnen zu untersuchen sein, wie eine Bürgschaft wirkt.

Die Verbürgung für einen verjährten Anspruch wird nach B.G.B. als zulässig zu erachten sein, da § 222 B.G.B. dem Verpflichteten nach Vollendung der Verjährung nur die Berechtigung zur Leistungsverweigerung, also eine Einrede verleiht; diese Einrede ändert aber in keiner Weise etwas an der Gültigkeit der Hauptverbindlichkeit. Es wird demnach die Bürgschaft für eine verjährte Hauptforderung in gleicher Weise gültig eingegangen werden können, wie sie bei erst nachträglich eingetretener Verjährung der Hauptverbindlichkeit nach § 768 fort-

[1]) Vgl. auch Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen Bd. 63 S. 371 und vom 11. April 1906 in der Jurist. Wochenschrift S. 347 ff.

[2]) Entscheidung im „Recht" 1906, S. 442.

[3]) Oertmann S. 934, Vorbemerkung zu § 765; Plank S. 824, zu § 765; s. auch Westerkamp S. 82 ff.

dauert[1]), zumal im § 765 B.G.B. keinerlei Ansprüche, insbesondere nicht diejenigen, denen gegenüber der Schuldner das Recht zur Verweigerung der Leistung hat, von der Möglichkeit der Sicherung durch Bürgschaft ausgeschlossen sind.

Dagegen dürfte meines Erachtens die Bürgschaft *für eine Spiel- und Wettschuld*, für die Forderung aus *staatlich nicht genehmigtem Lotterievertrag*, aus *Differenzgeschäft* und auf Zahlung *des Ehemäklerlohnes* durchaus unwirksam sein. Eine Verbürgung ist hier ausgeschlossen, da die Unzulässigkeit die gemachte Leistung zurückzufordern nicht auf dem Gedanken beruht, daß im Grund eine rechtsverbindliche Schuld vorliege, sondern nur aus der deutlich erkennbaren Absicht des Gesetzgebers zu erklären ist die fraglichen Geschäfte möglichst aus Rechte auszuweisen[2]), ohne jedoch andererseits den Verlierer oder Gewinner bevorzugen zu wollen. Es fehlt hier der Bürgschaft an einer ihrer notwendigsten Voraussetzungen, an einer „*Verbindlichkeit*", die nach § 765 B.G.B. das Prämissum der gültigen Bürgschaft bildet, es fehlt an einer rechtsgültigen Hauptschuld.[3])

Ich glaube mich somit dahin entscheiden zu müssen, daß, soweit das B.G.B. *die Naturalobligationen als „Verbindlichkeiten" bezeichnet*, eine gültige Bürgschaft für sie zulässig ist; allerdings teilt dann die Bürgschaft wie jede andere Schwäche auch die Klaglosigkeit mit der Hauptverbindlichkeit. Ist jedoch die Naturalobligation keine „Verbindlichkeit", so ist auch, wie bei Spiel, Wette 2c. eine Bürgschaft für dieselbe nicht zulässig.

Die Bürgschaft kann Geldverbindlichkeiten wie Verpflichtungen jeder Art zum Gegenstand haben. Es muß sich jedoch immer um solche Verbindlichkeiten handeln, deren Erfüllung durch einen anderen als den Schuldner überhaupt rechtlich möglich ist. Es ist demnach die Verbürgung für eine Verbindlichkeit, die ihren besonderen Inhalt gerade durch die Per-

[1]) s. auch Herms S. 15, Plank 824, zu § 765 Nr. 8.

[2]) cf Cosack: Bd. II. W. 650.

[3]) s. auch *Westerkamp* S. 84: „Soweit das B.G.B. die Naturalobligationen als Verbindlichkeiten bezeichnet, ist auch eine giltige Bürgschaft für sie zulässig". — Ebenso Herms S. 15, Plank zu § 765 Anm. 8a S. 824, Dernburg, Bd. II S. 11 §.

a. M. Matthiaß II, 1 § 131 S. 641: Ungiltig ist Übernahme der Bürgschaft hier eine Naturalschuld.

sönlichkeit des Schuldners erhält, so bei Verbindlichkeiten höchst persönlicher Art völlig ausgeschlossen. Doch können derartige Verbindlichkeiten mittelbar insofern durch Bürgschaft versichert werden als der Bürge sich von vornherein bloß zu dem vom Hauptschuldner wegen etwaiger Nichterfüllung zu leistenden Schadenersatz verpflichtet, ein Fall bedingten Bürgschaftsvertrags, der dem Garantievertrag nahekommt. Die gemeinrechtliche Streitfrage bezüglich der Verbürgung in aliam causam ist heute einstimmig dahin entschieden,[1]) daß man sich allgemein für die Wirksamkeit einer derartigen Bürgschaft ausgesprochen hat. Der Wille der Parteien muß dann zugleich auf eine gleichwertige Leistung an Erfüllungsstatt gerichtet sein. Bei Nichterfüllung der Hauptschuld haftet[2]) der Bürge nicht nur für Schadenersatz, sondern für Erfüllung der eingegangenen Verbindlichkeit selbst.

Mit dem accessorischen Prinzip der Bürgschaft steht es in keiner Weise in Widerspruch, daß ein Bürgschaftsvertrag auch über befristete, zukünftige[3]) oder bedingte Forderungen zulässig ist: ausdrücklich hebt die beiden letzten Fälle das Gesetz hervor. (cf. Abs. II § 765 B.G.B.).[4]) Denn eine Bürgschaft für eine befristete, zukünftige oder bedingte Schuld besteht nur unter der Voraussetzung, daß die fragliche Schuld später wirklich zur Entstehung gelangt. Geschieht dies nicht, so verliert damit auch der Bürgschaftsvertrag jegliche Bedeutung, er ist dann als gar nicht entstanden zu betrachten. Aus § 767 B.G.B. ergibt sich die Möglichkeit die Bürgschaft für noch nicht individualisierte, sich aus einer Geschäftsverbindung zwischen Gläubiger und Hauptschuldner erst künftig entwickelnde Verbindlichkeiten zu übernehmen.

Die weitere Bestimmung des Entwurfes I daß die Bürg-

[1]) a. M. Westerkamp S. 127, der sich namentlich auf den von der zweiten Kommission gestrichenen § 670 des ersten Entwurfes zum B.G.B. stützt.

[2]) Plank, Anm. 9 zu § 765, S. 825, Motive Bd. II S. 661 Oertmann, S. 934 zu § 765 Vorbemerkung: „entweder soll dieses andere nur „in solutione" sein oder es wird für die demnächst etwa zu zahlende Bürgschaftsschuld vornherein Hingabe an Erfüllungsstatt vereinbart."

[3]) s. Eccius: Verbürgung für eine künftige Schuld und Kreditmandat in Gruchots Beiträgen Bd. 46, S. 55.

[4]) vgl. auch Siber in Iherings Jahrbüchern Bd. 50, S. 103 ff.
E.R.G. in Gruchots Beiträgen Bd. 50, S. 919.
Oertmann, S. 936, zu § 765, Anm. 3c.

schaft auch für eine „unbestimmte" Verbindlichkeit übernommen werden könne, wurde von der II. Kommission gestrichen, weil es selbstverständlich sei, daß der Umfang der Verbindlichkeit nicht von vornherein zahlenmäßig bestimmt zu sein brauche.[1])

Was endlich den Umfang der Bürgschaftsverbindlichkeit anbelangt, so ist dafür in erster Linie der Verbürgungswille maßgebend. Daß die Verpflichtung des Bürgen auf die Kapitalschuld und sogar auf einen Teil derselben beschränkt werden kann, leuchtet ohne weiteres ein.[2])

Gemäß dem Prinzip der Accessorietät ist die Haftung des Bürgen abhängig vom „Bestand" der Hauptschuld zur Zeit der Geltendmachung der Bürgschaft, indem somit die seit Abschluß des Bürgschaftsvertrags eingetretenen Veränderungen und Erweiterungen der Hauptschuld berücksichtigt werden. Daß natürlich für Erweiterungen der Hauptschuld, die durch Rechtsgeschäfte erfolgen, z. B. Erhöhung des Zinsfußes,[3]) die Bürgschaft nicht wirksam ist, ist im Gesetz ausdrücklich hervorgehoben. Aus dem im § 767 Abs. I B.G.B. aufgestellten Grundsatz ergibt sich ohne weiteres die Berechtigung des Bürgen sich auf eine durch Rechtsgeschäft eingetretene Minderung der Hauptschuld zu berufen.

Eine Erweiterung der Bürgschaftsschuld kann ferner eintreten, wenn die Hauptverbindlichkeit durch Verschulden oder Verzug des Hauptschuldners eine Veränderung erfährt. (§ 767 Abs. I Satz 2). Damit hat die Streitfrage des gemeinen Rechts, ob die Übernahme der Haftung für omnis culpa erforderlich sei um die Bürgschaftsverpflichtung auch auf die Verzugszinsen auszudehnen, ihre Erledigung gefunden. Heute haftet der Bürge für alle Folgen des Verzugs, also auch für Verzugszinsen.

---

[1]) s. Protokolle Bd. II, S. 463 ff. „Auch könne der Ausdruck ‚unbestimmte Verbindlichkeit" zu Mißverständnissen Anlaß geben".

[2]) Schollmeyer, Recht der Schuldverhältnisse S. 171.

[3]) Oertmann, S. 941, zu § 767, 2e: „Strafversprechen, Verzichten des Schuldners auf ihm zustehende Einreden, Vergleiche desselben mit dem Gläubiger unter Versprechen einer Abfindungsleistung".

Die Frage der Haftung für Nebenverbindlichkeiten ist demnach in jedem einzelnen Fall durch Auslegung des Bürgschaftsvertrags unter Berücksichtigung von § 157 zu entscheiden.

vgl. Plank S. 829 zu § 767, Anm. 4, Motive, Bd. II, S. 666.

[4]) Plank, Anm. 2a zu § 767, S. 828.

Bezüglich der Haftung für Vertragsstrafen und Vertragszinsen hat das Gesetz keine Bestimmungen getroffen. Ein dahin gehender Antrag wurde in der Kommissionsberatung abgelehnt mit der Begründung, „es lasse sich keine allgemeine Regel aufstellen".[1]) Entsprechend jedoch der Auffassung des Gesetzes von dem Wesen der Bürgschaft, wie sie aus § 767 B.G.B. hervorgeht, wird aber die Bürgschaft auszudehnen sein auf die Vertragsstrafen und Vertragszinsen, die beim Abschluß des Bürgschaftsvertrags bereits ausbedungen waren.

Als eine Durchbrechung des accessorischen Prinzips muß § 767 Abs. II aufgefaßt werden, eine Bestimmung, die dem Bürgen die Haftung für die vom Hauptschuldner dem Gläubiger zu ersetzenden Kosten der Kündigung und Rechtsverfolgung schlechthin ohne Rücksicht auf Verschulden und Verzug des Hauptschuldners auferlegt.[2])

Entsprechend ihrer accessorischen Natur findet die Bürgschaft abgesehen von den allgemeinen Gründen, wie bereits oben erwähnt, ihr Ende mit dem Erlöschen der Hauptschuld. Ist die Schuld, für welche die Bürgschaft geleistet worden ist, durch Novation untergegangen, so ist die Bürgschaftsschuld ebenfalls erloschen.[3])

Für den Fall einer Vereinigung von Hauptschuld und Bürgschaftsschuld kann der im gemeinen Recht anerkannte Rechtssatz, daß die Bürgschaftsschuld, falls sie dem Gläubiger günstiger ist, fortdauert, auch heute Geltung beanspruchen. Das Gesetz selbst gibt über diese Frage keine Bestimmung. Der Entwurf I des B.G.B. hatte aber im § 678 einen dahin gehenden Rechtssatz aufgestellt, der nur aus dem Grunde, weil „es eines gesetzlichen Ausdrucks nicht bedürftig sei" in der II. Lesung fallen gelassen wurde. Es ist daher anzunehmen, daß die weitergehenden Sicherheiten der Bürgschaft dem Gläubiger erhalten bleiben.[4])

[1]) Protokolle, Bd. 2, S. 466.

[2]) Staudinger, S. 711 zu § 767 Anm. 3, vgl. auch E. R. G., Bd. 56 S. 256 ff.

[3]) Plank, S. 824 zu § 765 Anm. 8b, Mot. II S. 659, Protokolle II S. 461.

[4]) Protokolle, Bd. II, S. 480. Dernburg, bürgerl. Recht, S. 359, Anm. 3.

Auch bei Vernichtung eines speziell geschuldeten Gegenstandes durch den Bürgen bleibt die Haftung des letzteren bestehen, während die Hauptschuld untergeht. Zwar erwähnt das Gesetz diesen Fall nicht ausdrücklich, doch würde ein solches Verhalten des Bürgen den Grundsätzen von Treu und Glauben, denen ganz besonders das ganze Bürgschaftsverhältnis untersteht, widersprechen. Die Frage, die durchaus nicht unbestritten ist, ist für den Fall bedeutend, wo nicht der Tatbestand einer unerlaubten Handlung gegeben ist. Im letzteren Falle würde der Bürge ja einfach aus § 823 haftbar sein. Ob wir für den Fall, daß diese Haftung nicht eintritt, mit Plank[1]) annehmen sollen, daß der Bürge hiebei gegen die ihm bei Abschluß des Bürgschaftsvertrags auferlegte Verpflichtung zur Wahrung der Erfüllungsmöglichkeit handle und somit gegen die Vorschriften des § 242 B.G.B. verstoße, das ist eine Frage, die meines Ermessens nicht so ohne weiteres im Sinne Planks zu beantworten zu sein dürfte.

Mit diesen Erörterungen haben wir somit wenn auch in kurzen Zügen Begriff und Wesen der Bürgschaft näher gewürdigt und damit den Boden gewonnen für die weiteren Ausführungen unserer Darstellung. Es wird sich nun darum handeln zu untersuchen, inwieweit der Bürge berechtigt ist, Einreden in dem oben geschilderten Umfang aus dem Bürgschaftsverhältnis des bürgerlichen Gesetzbuches geltend zu machen.

[1]) Plank, Anm. 8b zu § 765, S. 825.

B. Hauptteil:
Die dem Bürgen zustehenden Einreden.

I. Die dem Bürgen zustehenden Einreden im weiteren Sinn, im insbesonderen die Einwendungen.

§ 5.

1. Einwendungen aus der Person des Bürgen.

Es leuchtet zunächst ein, daß der Bürge alle Einwendungen und Einreden geltend machen darf, die ihm *aus seiner Person* gegenüber dem Gläubiger zustehen. Charakterisiert sich doch die Verbindlichkeit des Bürgen als eine gewöhnliche Schuld und warum sollten daher nicht auch dem Bürgen dieselben Rechtsbehelfe schützend zur Seite stehen, wie sie jedem Schuldner gewährt sind? Es ist dies eine Bestimmung, die den allgemeinen Rechtsnormen entspricht, die im gemeinen Recht in Geltung war und auch unter der Aera des B.G.B. weiter gilt, wenngleich sie auch im B.G.B. selbst als selbstverständlich nicht weiter erwähnt wird. Alle Ereignisse, die demnach den Schuldner, wenn sie in seiner Person eintreten, befreien oder zur Verweigerung der Leistung berechtigen, äußern diese Wirkung auch auf die Verbindlichkeit des Bürgen, wenn sie in seiner Person eintreten.

So kann der Bürge dem Anspruch des Gläubigers Tatsachen entgegenhalten, welche die *rechtsgültige Entstehung* seiner Verbindlichkeit überhaupt in Frage stellen. Hieher gehören alle Einwendungen, die sich *gegen den Bürgschaftsvertrag als solchen* richten: der Bürgschaftsvertrag sei ungültig, da er sich als ein unsittliches Rechtsgeschäft darstelle oder weil dem sich Verbürgenden bei Eingehung seiner Verbindlichkeit die Geschäfts-

fähigkeit gefehlt habe. Ist ferner dem Hauptschuldner der Kredit nur unter gewissen Bedingungen eröffnet worden, so hat der Bürge den Einwand, daß die Bürgschaft eben im Hinblick auf diese Bedingungen geleistet wurde und daß jene Bedingungen bei der Kreditgewährung in keiner Weise eingehalten worden sind. Des weiteren kann er die Einwendung geltend machen, daß die Bürgschaft wegen Mangels einer entsprechenden Hauptschuld nichtig sei.[1]) Hat z. B. jemand für die Verpflichtung seines Bruders eine Kaution zu stellen die Bürgschaft übernommen und es stellt sich heraus, daß der Bruder selbst zur Kautionsstellung gar nicht verpflichtet ist, so ist natürlich auch die Bürgschaft gegenstandslos.[2])

Der Einwand einer zeitlichen Beschränkung der Bürgschaftsübernahme gegenüber einer schriftlichen Bürgschaftsurkunde wird dem Bürgen nur dann zustehen, wenn geltend gemacht wird nach der Willensmeinung der Parteien habe die zeitliche Beschränkung durch eine in der Urkunde enthaltene Erklärung zum Ausdruck gebracht werden sollen und es sei dieselbe aus dieser Auslegung zu ermitteln.[3])

Der Bürgschaftsvertrag kann ferner vom Bürgen nach den allgemeinen Grundsätzen des B.G.B. §§ 119 ff. wegen Irrtums, arglistiger Täuschung, Zwanges und Betrugs angefochten werden. Was zunächst die Anfechtung des Bürgschaftsvertrags wegen Irrtums anbelangt, so ist klar, daß hier sowohl der Irrtum über den Rechtsgrund der Hauptverbindlichkeit, sowie über die Person und Eigenschaften des Hauptschuldners erheblich sein kann. Die Person des Hauptschuldners ist eben für den Bürgen so wesentlich,[4]) daß die Bürgschaft wohl nicht zu Recht besteht, wenn das Schuldverhältnis nur zwischen einem Teil der in der Bürgschaftserklärung bezeichneten Personen und dem Gläubiger begründet wird.

Ist ferner der Bürge durch Betrug des Hauptschuldners zur Bürgschaftsleistung bestimmt worden, so kann er sie nur anfechten, wenn der Gläubiger den Betrug kannte oder kennen mußte,[5]) vom

[1]) vgl. Mot. Bd. II, S. 662 ff.
[2]) Entscheidungen des Reichsgerichts Bd. 63, S. 143.
[3]) Entscheidung im „Recht", Bd. 12 Nr. 3596.
[4]) Entscheidung im „Recht" 1907 S. 510.
[5]) § 123 B.G.B.

Hauptschuldner kann er jedenfalls Schadenersatz und somit Wiederherstellung des ursprünglichen Zustandes,[1]) d. h. Befreiung von der Bürgschaft verlangen. Hat der Gläubiger arglistig getäuscht und hiedurch den Bürgen zur Übernahme der Bürgschaft bewogen, so ist wohl auch in diesem Fall der Bürge nicht verantwortlich: er hat den Einwand der arglistigen Täuschung, ja Schneider[2]) will in diesem Falle dem Bürgen aus der unerlaubten Handlung der Betrugstäuschung auch eine Einrede analog der des § 853 B.G.B. gewähren, eine Auffassung, der meines Erachtens durchaus beizupflichten ist.

Der Bürge kann somit die Einwendungen des Nichteintritts der Bedingungen, unter denen die Bürgschaft übernommen wurde, der Nichtigkeit und der Anfechtbarkeit des Bürgschaftsvertrags geltend machen; er kann jedoch ferner auch solche Tatsachen dem Anspruch des Gläubigers entgegenhalten, durch welche die Hauptverbindlichkeit an sich getilgt wurde, so z. B. der Einwand der erfolgten Zahlung. Hieher zählt auch die dem Bürgen zustehende Aufrechnung: er kann gegenüber der Bürgschaftsforderung ohne weiteres mit einer ihm gegen den Gläubiger zustehenden Forderung aufrechnen.[3]) Schollmeyer[4]) meint sogar: die „Einrede der Aufrechnung mit einer kompensablen Gegenforderung sei hier selbstverständlich und werde auch vom Gesetz als selbstverständlich vorausgesetzt."

Hat der Bürge bei Eingehung der Bürgschaft Nebenbestimmungen getroffen, durch die sich seine Haftung günstiger gestaltet als die des Hauptschuldners, hat er sich z. B. nur für einen Teil der Hauptverbindlichkeit verbürgt, sich nur für die Zinsen verpflichtet oder seine Haftung auf bestimmte Zeit beschränkt, so kann er auch hieraus Einwendungen herleiten.

Wie nun aber, wenn sich der Bürge für ein plus oder unter strengeren Modalitäten oder für eine alia res verbürgt hat? Wie oben erwähnt, so war, was zunächst die Verbürgung für ein plus anbelangt, im römischen Recht als Konsequenz des Accessoriums in Verbindung mit dem stricti iuris

[1]) §§ 823, 249 B.G.B.
[2]) im Archiv für bürgerl. Recht Bd. 25, S. 269 ff.
[3]) vgl. Entscheidung des Reichsgerichts Bd. 53, S. 403 ff.
[4]) Schollmeyer, S. 174.

Charakter der Bürgschaft die Einrede der Nichtigkeit der ganzen Obligation gegeben, im B.G.B. haftet der Bürge jedoch in Höhe der Hauptverbindlichkeit, wobei hier die Frage auszuscheiden hat, ob der Bürge den überschießenden Teil noch schuldet, etwa auf Grund eines Schuld- oder Schenkungsversprechens.

Das Gleiche gilt, wenn die Bürgschaft unter strengeren Bedingungen übernommen wurde.

Handelt es sich jedoch um eine alia res, so wird der Bürge aus diesem Umstand heraus das Entstandensein seiner Bürgschaftsverbindlichkeit wohl dann nicht bestreiten können, wenn diese alia res sich aus dem den Gegenstand der Hauptschuld bildenden Idem herausentwickelt hat, z. B. wenn der Bürge Geld als Sicherung für eine vom Hauptschuldner zu leistende Speziesschuld verspricht. Es ist demnach in einem solchen Fall die Einwendung des Bürgen, es sei wegen Nichtidentität der Bürgschaftsgegenstände eine Verbindlichkeit seinerseits mangels des Accessoriums nicht entstanden, meines Erachtens als durchaus unzulässig zu betrachten.

Was endlich die Frage anbelangt, ob der Bürge, der ja im Zweifel für die ganze Schuld haftet, auch für die zwischen Hauptschuldner und Gläubiger vereinbarten Zinsen und Vertragsstrafen einzustehen habe, so kommt es wohl darauf an, ob der Hauptschuld in der Regel solche Nebenverpflichtungen anhängen oder nicht;[1]) je nach Entscheidung dieser Frage wird die weitere Frage zu beantworten sein, inwieweit auch hier der Bürge dem Gläubigeranspruch gegenüber Einwendungen geltend zu machen im stande ist.

2. Einwendungen aus der Person des Hauptschuldners.

§ 6.

a. gegen das Entstehen des Anspruchs.

Daß der Bürge die ihm aus seiner Person zustehenden Einreden geltend machen kann, ist somit keine Besonderheit. Tut er dies, so folgt er hiebei einfach dem schon im römischen Recht, dem

[1]) Vgl. Staudinger zu § 767, Anm. 1a S. 710.

Rechte des disziplinierten Egoismus, zur Evidenz geprägten Grundsatz „In sich selbst trägt der einzelne den Grund seines Rechts, durch sich selbst muß jeder sich schützen!“ In schroffem Gegensatz zu dieser Maxime kann jedoch der Bürge, abgesehen von den ihm aus seinem Ich erwachsenden Einreden dem Anspruch des Gläubigers gegenüber Einwendungen geltend machen, die aus einer ganz anderen Person hervorgehen: ex persona tertii, aus der Person des Hauptschuldners. Forschen wir nach dem Grund für die Durchbrechung der alten Regel, wonach jeder in sich selbst den Mittelpunkt seiner Rechtsgestaltung zu suchen hat, so ist er unschwer zu ersehen: er liegt in dem oben dargelegten Princip der Accessorietät der Bürgschaftsschuld zur Hauptschuld, in dem eigentümlichen Abhängigkeitsverhältnis der Bürgschaftsverbindlichkeit zur obligatis principalis.

Zunächst stehen dem Bürgen aus der Person des Hauptschuldners eine Reihe von Einwendungen zu Gebote, die sich gegen das Bestehen des Anspruchs überhaupt richten.

Fehlt es an einem allgemeinen oder für den betreffenden Gründungsakt geltenden speziellen Erfordernis oder mißbilligt das Gesetz den Begründungsakt der Hauptschuld, so leuchtet es ohne weiteres ein, daß hiemit ein Recht des Gläubigers aus der Verbindlichkeit seines Schuldners überhaupt nicht entstanden ist. Der Hauptschuldner kann in solchen Fällen dem Gläubigeranspruch die Einwendungen des nicht entstandenen Rechts entgegensetzen und diese Einwendungen sind in Konsequenz des Accessorietätsprincips auch mit Fug und Recht dem Bürgen zuzubilligen. Eine Bürgschaftsschuld ohne eine rechtsgiltige Hauptschuld ist, wie oben erwähnt, ein Unding. Ist daher die Hauptschuld aus irgend welchem Grund auch immer nicht zur Entstehung gelangt, so stehen die Einwendungen des Hauptschuldners gegenüber dem seines Rechtsgrundes entbehrenden Gläubigeranspruch ohne weiteres auch dem Bürgen zu. Gelangt das Recht des Gläubigers aus der Verbindlichkeit des Hauptschuldners infolge einer Bedingung oder Befristung erst später zur Entstehung, so kann den hieraus dem Hauptschuldner zu Gebote stehenden Einwand der Bürge gleichfalls geltend machen.

Wie ist nun aber zu entscheiden, wenn sich der Bürge verbürgt hat, obwohl er seinerseits ganz genau wußte, daß eine rechts-

giltige Hauptschuld gar nicht vorliegt oder daß dieselbe nicht rechtswirksam zu stande gekommen ist? Gar oft ist es denkbar, daß die Hauptschuld nichtig ist, weil das Gesetz den Schuldner hat schützen wollen oder weil es die Schuld an sich mißbilligt. Erhält nun der Gläubiger einen Bürgen, der diese Nichtigkeit der Hauptschuld kennt, so ist zu unterscheiden, ob der Bürge mit oder ohne Kenntnis des Hauptschuldners von der Nichtigkeit der Hauptschuld die Bürgschaft übernimmt.

Bestellt der Hauptschuldner dem Gläubiger einen Bürgen und kennt er wie der Bürge die Nichtigkeit der Hauptschuld, so liegt in der Bestellung des Bürgen eine Heilung der Nichtigkeit und der Bürge hat schon deshalb keinen Einwand gegen die Gültigkeit aus der Person des Hauptschuldners, weil dieser meines Erachtens durch konkludente Handlung auf den Einwand verzichtet hat.

Kennt dagegen der Hauptschuldner nicht die Nichtigkeit der Hauptschuld, wohl aber der Bürge, oder verbürgt sich der Bürge ohne Auftrag des Hauptschuldners, so kann er sich trotzdem immer noch auf dem Hauptschuldner zustehende Einwendungen berufen: eine Bürgschaft ohne rechtsgültige Hauptschuld ist eben nicht denkbar.[1])

Eine ganz andere Frage ist es natürlich, ob nicht im einzelnen die Bürgschaft als ein anderes gültiges Geschäft anzusehen ist und deshalb dem Bürgen die Berufung auf den Einwand des Hauptschuldners zu versagen ist. Fast allgemein faßt man nämlich heutzutage die für eine nichtige Schuld eingegangene Bürgschaft auf als Versprechen der Schadloshaltung für den Fall, daß der als Verpflichteter Bezeichnete die Leistung, zu der er rechtlich nicht verpflichtet ist, nicht freiwillig leisten sollte. Und selbst durch ein derartiges Versprechen wird das Recht des Bürgen auf einem dem Hauptschuldner zustehenden Einwand nicht berührt, wenn die Hauptverbindlichkeit an sich auf einem Rechtsverbot beruht. Es verbürgt sich jemand z. B. für eine unerlaubte Spielschuld. Hiebei will das Gesetz im Hinblick auf das den unerlaubten Spielen anhaftende Odium nicht nur, daß der Schuldner nichts zahlt, sondern daß der Gläubiger nichts erhält. Und wenn auch der Bürge dem Gläu-

[1]) Plank, 8a zu § 765 S. 824.

biger versprochen hat ihn schadlos zu halten für den Fall, daß der Spielschuldner nichts leistet: solange er seine eventuelle Leistung als Erfüllung der Verbindlichkeit des Schuldners auffaßt, kann er durch keine Übereinkunft sich zu dieser Verpflichtung verbinden, könnte demnach auch das Geleistete mit der condictio ob turpem causam zurückfordern, also auch vor der Leistung ebenso wie der Schuldner sich schützen durch den Einwand der turpis causa. Daß natürlich der Bürge nach freiem Belieben den Gläubiger in Höhe der seitens des Hauptschuldners zu leistenden Summe beschenken kann, leuchtet ohne weiteres ein, mag auch der Haupttrieb zu dieser Schenkung in der Existenz der Bürgschaftsschuld begründet gewesen sein; immerhin aber handelt es sich dann nicht mehr um eine Erfüllung der Bürgschaftsverbindlichkeit, sondern um eine selbständige Schenkung, die mit der Bürgschaft als solcher durchaus nichts zu tun hat.

Macht es wohl einen Unterschied, ob der Bürge im Auftrag des Hauptschuldners, als Mandatar des Hauptschuldners, oder aus eigener Initiative die Bürgschaft übernimmt? Wohl mit Recht ist diese Frage zu verneinen, die Entscheidung ist genau wie oben zu treffen.

§ 7.

b. Einwendungen gegen den Fortbestand der Hauptschuld.

Aus dem Prinzip der Accessorietät, aus dem Anlehnungs- und Abhängigkeitsverhältnis der obligatio fideiussoria zur obligatio principalis, ergibt sich somit das Recht des Bürgen aus der Person des Hauptschuldners Einwände gegen das Entstandensein des klägerischen Anspruchs zu verwerten. Lassen sich jedoch auch die Einwände, die dem Bürgen *gegen das Fortbestehen der Hauptschuld* ex iure tertii zustehen, ohne weiteres aus diesem Prinzip herleiten? Zwar liegt eine derartige Lösung dieser Frage nahe, sie läßt sich jedoch keinesfalls halten. Denn im Princip der Accessorietät liegt meines Ermessens nicht schon das Element der Unmöglichkeit eines für sich Alleinstehens. Eine Verbindlichkeit ist „accessorisch", heißt, sie accediert einer andern und damit sie accessorisch sein kann, muß bereits etwas vorhanden sein, zu dem

sie hinzutreten kann, sie bedarf eines Haltes, einer Stütze um wirklich zur Existenz gelangen, um wirksam erstehen zu können. Steht sie jedoch, so folgt nicht so ohne weiteres aus ihrer Accessorietät, daß sie nun nicht auch ohne Stütze weiter stehen könnte. Es muß zur Begründung der Verbindlichkeit ein Recht vorhanden sein, zu dessen Sicherung sie dienen soll; hieraus folgert schon, daß in sonstiger Beziehung die Natur und Bedeutung der Bürgschaftsschuld sich nach ganz anderen Grundsätzen richtet als nach der Natur der Hauptschuld, indem sonst dem Gläubiger durch das accessorische Recht am Ende nicht größere Sicherheit gewährt wäre als er schon hinsichtlich des ius principalis hätte.

Der Begriff der Accessorietät gewährt somit keinen festen Anhaltspunkt um darauf den Satz zu gründen, daß die Verbindlichkeit des Bürgen ohne Hauptschuld nicht bestehen, der Bürge also auch in der Person des Hauptschuldners eintretende rechtsvernichtende Tatsachen für sich verwerten könne.

Schon im gemeinen Recht ist im Hinblick auf l. 47 pr. D. h. t. und Ulpian l. 1 § 14 D. de p. 16.3 zur Genüge bewiesen, daß der Bürge keineswegs aufhört verpflichtet zu sein, wenn nachher Umstände eintreten, die die fideiussoria obligatio nicht hätten entstehen lassen, wenn sie von Anfang an vorhanden gewesen wären.

Es muß demnach das Recht des Bürgen sich aus der Person des Hauptschuldners mit Einwänden des getilgten, erloschenen Rechtes zu schützen, eine andere festere Grundlage haben, als sie der bloße Begriff Accessorietät bietet. Diese Grundlage findet sich im Korrealverhältnis, in dem Gesamtschuldverhältnis, das meines Erachtens zwischen Bürgen und Hauptschuldner dem Gläubiger gegenüber besteht.

Zwar wird es verschiedentlich bestritten, daß Bürgschaft und Hauptschuld ein Gesamtschuldverhältnis darstellen. So erklärt Hruza[1]) ausdrücklich: „Bürge und Hauptschuldner sind nicht

---

[1]) Hruza, a. a. O. S. 52.

Eck, Vorträge § 72 Anm. 3, S. 419: Die „Zurechnung der Bürgschaft zu den Gesamtschuldverhältnissen sollte unterbleiben, da sie keinen Zweck hat und zu nichts führt als dazu Verwirrung anzurichten".

Westerkamp, S. 252 ff.: Bürge und Hauptschuldner schulden nicht

Gesamtschuldner, der Hauptschuldner schuldet die Erfüllung, während der Bürge für sie einzustehen hat, die Leistung, um die es sich handelt, ist in beiden Fällen eine andre".

Dieser Auffassung ist jedoch meines Erachtens entgegenzuhalten, daß der Unterschied zwischen Erfüllung schulden und dafür einstehen keineswegs ein sonderlich großer und bedeutsamer ist. Was will denn das „Einstehen des Bürgen für die Erfüllung" anderes besagen als daß der Bürge seinerseits auch die Erfüllung schuldet, wenngleich nur in modifizierter Weise, nämlich für den Fall, unter der Bedingung, daß der Hauptschuldner nicht erfüllt?[1]) Es leuchtet wohl ohne weiteres ein, daß bei Gesamtschuldverhältnissen der eine Gesamtschuldner schlechthin, der andere jedoch unter einer Bedingung, Zeitbestimmung oder ähnlichen Modifikationen verpflichtet sein kann, es ist auch denkbar, daß jeder der Gesamtschuldner unter einer Bedingung ꝛc. die Verbindlichkeit eingegangen hat. Warum sollte man nun nicht auch den derartig bedingt haftenden Bürgen als Gesamtschuldner ansehen? Daß der Bürge zweifellos bedingt haftet, zeigt deutlich das beneficium excussionis bei der Bürgschaft, das dem Gesamtschuldverhältnis des B.G.B. sonst durchaus fremd ist; es findet ja dieses beneficium seine Erklärung gerade in der bedingten Haftung des Bürgen: zunächst muß der Gläubiger beim Schuldner Befriedigung suchen, dann erst haftet ihm der Bürge. Verbürgt sich jemand gar als Selbstschuldner, so hat der darin liegende Verzicht auf die Einrede der Vorausklage die Wirkung, daß eben die Bedingung für seine Haftung, das Nichterfüllen seitens des Hauptschuldners wegfällt.

Es ist darum meines Ermessens der Bürge wohl als Gesamtschuldner zu betrachten; auch Oertmann[1]) meint, es liege immerhin ein der Solidarität „ähnliches Verhältnis" vor. Zu

„eine" Leistung, der Bürge ist nicht Schuldner der Hauptverbindlichkeit, sondern deren Sicherer.

ebenso Salinger, zur Frage der kumulativen Schuldübernahme im Archiv f. civ. Praxis. Bd. 23, S. 83 ff.

Endemann, Bd. I, § 154 Anm. 10.

[1]) Oertmann, zu § 420, Vorbemerkung Nr. 5.

demselben Resultat, wenn auch auf ganz anderem Weg gelangt Herms,[1]) der die Gesamtschuldnerqualität des Bürgen aus den §§ 427, 431 B.G.B. folgert, wonach Schuldner einer unteilbaren Leistung stets, einer teilbaren Leistung im Zweifel als Gesamtschuldner haften, wenn sie sich gemeinschaftlich zu derselben durch Vertrag verpflichtet haben.

Als Gesamtschuldner kann demnach der Bürge ebenso wie der Hauptschuldner alle Einwände des getilgten, erloschenen Rechtes, die dem Hauptschuldner zustehen, als rechtsvernichtende Tatsachen dem Gläubigeranspruch wirksam entgegenhalten[2]): so den Einwand der Erfüllung,[3]) der Leistung an Erfüllungsstatt,[4]) wobei zu berücksichtigen ist, daß die Leistung an Erfüllungsstatt durch einen Dritten auch für den Bürgen wirkt; ferner den Einwand der Hinterlegung,[5]) des in rem wirkenden Erlasses[6]) und Vergleiches,[7]) endlich den Einwand des infolge Verzugs des Gläubigers eintretenden Unmöglichkeit der Leistung.[8])

Die Bürgschaft ist nun aber ein Fall, in dem der regelmäßig solidarische Charakter des Gesamtschuldverhältnisses ein mehr korrealer wird. Während nämlich sonst in den normalen Fällen des B.G.B. das Gesamtschuldverhältnis sich als eine Mehrheit von Verbindlichkeiten darstellt, ist hier die Mehrheit der subjektiven Verpflichtungen zu einer una obligatio, zu einer einheitlichen Obligation verbunden, indem sich gemäß § 425 B.G.B. aus dem Schuldverhältnis ein anderes ergibt.

So wirken Verzug und Verschulden in der Person des Hauptschuldners auch gegen den Bürgen[9]), Vereinigung von Hauptschuld und Bürgschaftsschuld bringt die Bürgschaftsschuld zum Erlöschen[10]), der Bürge kann, worauf wir später zurückkommen werden, die dem Hauptschuldner zustehenden Einreden geltend machen; ferner kann der Bürge, was hier in Frage kommt, außer den in §§ 422 bis 424 angegebenen rechtsvernichtenden Tatsachen die seitens des

[1]) Herms, S. 19. vgl. auch Seyfferth § 22.
[2]) § 422 B.G.B.
[3]) § 362 ff, [4]) § 364 ff, [5]) §§ 372 ff, [6]) § 397, [7]) § 779, [8]) §§ 424, 293 ff.
[9]) § 425 Abs. II.
[10]) vgl. Schollmeyer, S. 88.

Hauptschuldners erfolgte Aufrechnung[1]) und Anfechtung, sowie die diesen befreiende, auch ohne Gläubigerverzug eintretende Unmöglichkeit der Leistung[2]) ebenso wie der Hauptschuldner als Einwände des erloschenen Rechts wirksam geltend machen.

Wie nun aber, wenn der Bürge *seinerseits* die Erfüllung der Hauptverbindlichkeit unmöglich gemacht hat?

Hat der Bürge diesen Effekt durch eine *unerlaubte Handlung* herbeigeführt, so haftet er im *gemeinen Recht* als Bürge weiter. Das B.G.B. trifft keine Bestimmung. Die *Motive*[3]) halten jedoch die Regelung, wie sie im gemeinen Recht hinsichtlich dieser Frage getroffen war, für „bedenklich und zu entbehren"; für „bedenklich" deshalb, weil eine solche Bestimmung in manchen Fällen zu großen Verwicklungen führen kann, „zu entbehren", weil der Bürge dem Gläubiger schon nach den allgemeinen Grundsätzen über die Vertretung unerlaubter Handlungen ex delicto auf das Interesse haftet. Es ist sonach im wesentlichen die altrömische Auffassung, die mit greifbarer Deutlichkeit sich in den Motiven wiederspiegelt: als Bürge darf er sich auf die Befreiung des Hauptschuldners berufen, es ist sonach *keine Klage* ex contractu in diesem Fall gegen ihn gegeben, wohl aber eine *solche* ex delicto, als Mensch haftet er aus dem zivilrechtlichen Delikt.

Mit diesem Standpunkt der Motive haben sich mehrere Commentatoren[4]) einverstanden erklärt. Mit *treffenden Gründen* hat sich jedoch *Oertmann*[5]) gegen diese Auffassung erhoben: nach ihm soll der Gläubiger nicht beschränkt sein auf die Deliktsansprüche, es soll der Bürge als solcher ex contractu haften und zwar kommt Oertmann zu diesem Ergebnis nach l. 95 § 1 D. de sol. 46, 3 und durch Analogie nach B.G.B. § 162 Abs. 2. Zu dem gleichen Resultat gelangt auch *Plank*;[6]) nach diesem

[1]) Staudinger, S. 712, Anm. 1 zu § 768.

[2]) § 425 Abs. II B.G.B.

[3]) Motive, Bd. II, S. 666.

[4]) Vgl. Westerkamp, S. 96 ff., S. 110; Kisch, Unmöglichkeit, S. 43 Anm. 14; Herms, S. 30, vor allem gegen Plank; Schollmeyer, 1. Aufl. S. 88.

[5]) Oertmann, S. 940 zu § 765 Bem. c, ebenso Planc, S. 824, Bem. 8b zu § 765, Mathiaß I, S. 648, V A, auch Schollmeyer, 2. Aufl. S. 178. — Staudinger, S. 705, Anm. 6b zu § 765 verweist auf § 276 B.G.B.

[6]) Plank, 3. Aufl. zu § 765 Anm. 8 S. 824

resultiert die Verantwortlichkeit des Bürgen ex contractu aus der durch den Bürgschaftsvertrag übernommenen Verpflichtung für die Erfüllung der Verbindlichkeit des Hauptschuldners einzustehen, denn diese Verpflichtung schließt ohne weiteres die weitere Verpflichtung in sich nunmehr seinerseits die Erfüllung dieser Verbindlichkeit nicht unmöglich zu machen.[1])

Es ließe sich ja wohl als Argument zu Gunsten der von den Motiven vertretenen Ansicht anführen, daß es der strengen Durchführung des Accessorietätbegriffes im B.G.B. entspricht, wenn der Bürge, der durch unerlaubte Handlung die Erfüllung der Hauptverbindlichkeit unmöglich gemacht hat, sich nunmehr als Bürge auf den Untergang der Hauptschuld berufen kann. Dieser Standpunkt wäre jedoch meines Erachtens ein viel ungünstigerer als der gemeinrechtliche und von Dertmann vertretene, namentlich was die Beweislast anbelangt.

Steht nämlich dem Gläubiger die Klage ex contractu zu, so braucht er nur den Abschluß des Bürgschaftsvertrags zu beweisen, während der Bürge seinerseits dartun muß, daß er nicht in culpa war.

Bei der Klage ex delicto dagegen hat der Gläubiger zu beweisen: einen objektiven und subjektiven Schaden, Kausalzusammenhang zwischen diesem und der Handlung des Bürgen, sowie endlich die culpa desselben. Es ist demnach die Durchführung der Deliktsklage für den Gläubiger mit größeren Schwierigkeiten verknüpft als die Kontraktsklage.[2])

Schon aus diesem Grund ist im vorliegenden Fall, wo wegen der culpa des Bürgen das Interesse des Gläubigers zweifellos eine erhöhte Rücksichtnahme verdient, die Auffassung meines Ermessens die gerechtfertigtere, daß der Gläubiger nicht einzig und allein auf

[1]) Plank, 3. Aufl. zu § 765 Anm. 8 S. 824.

[2]) Weitere Unterschiede zwischen Kontrakts- und Deliktsklage sind, daß verschiedene Gerichtsstände in Betracht kommen und ferner, daß für das internationale Privatrecht bei der Deliktsklage die lex delicti commissi, bei der Kontraktsklage die lex contractus in Anwendung kommt.

Die Frage ist ferner praktisch wichtig, weil der vertragsmäßige Ersatzanspruch nicht der besonderen kurzen Verjährung der Deliktsansprüche ausgesetzt ist, für ihn auch die vom Bürgen bestellten Pfänder, sowie etwaige Afterbürgen haften. s. Dertmann S. 940 zu § 767, Anm. 2b.

den Deliktsanspruch beschränkt sei. Jedoch läßt sich diese Auffassung auch anderweitig motivieren.

Wenn allerdings Oertmann auf den Vorgang des römischen Rechtes hinweist, so ist das nicht gerade ein besonders schwerwiegendes Argument. Im gemeinen Recht war ja die Entscheidung l. 95 § 1 D. 46.3 keine außerordentliche Besonderheit, weil die Accessorietät überhaupt nicht so streng durchgeführt war. Im B.G.B. jedoch handelt es sich, wenn man Oertmanns Standpunkt folgt, um eine Ausnahme, die einer sorgfältigen Begründung bedarf.

Nach Oertmanns Auffassung würde die Handlung des Bürgen, der seinerseits durch einen von ihm zu vertretenden Umstand die Hauptleistung unmöglich gemacht hat und sich nunmehr auf die damit eingetretene Befreiung des Schuldners berufen wollte, gegen die Grundsätze von Treu und Glauben (§ 242) verstoßen, der Bürge könnte daher vom Gläubiger ohne weiteres mit der replicatio doli zurückgewiesen werden.

Des weiteren spricht nach Oertmann für diese Auffassung die Analogie aus § 162 Abs. 2 B.G.B. und zwar dürfte meines Erachtens folgende Erwägung im Sinne Oertmanns sein: Der Bürge wird unter gewissen Bedingungen frei und hat aus der Person des Hauptschuldners den Einwand des erloschenen Rechts, z. B. wenn die Hauptschuld erfüllt, erloschen ist oder ihre Erfüllung unmöglich wird, ꝛc. Der Eintritt einer solchen Bedingung gereicht zweifellos dem Bürgen zum Vorteil. Führt nun der Bürge die Unmöglichkeit, den Eintritt der Bedingung wider Treu und Glauben herbei, so wird dies nach § 162 Abs. 2 B.G.B. so angesehen als sei die Bedingung nicht eingetreten, natürlich nur im Hinblick auf den Bürgen; für den Schuldner ist und bleibt ja die Hauptschuld erloschen. Die Verpflichtung des Bürgen hat sohin zwar in Wirklichkeit keine Hauptschuld mehr, an die sie sich anlehnen könnte: es wird jedoch wegen der culpa des Bürgen das Dasein der Hauptschuld fingiert, die Verbindlichkeit des Bürgen gilt infolgedessen als fortbestehend und der Gläubiger hat die Kontraktsklage.

Zwar weisen die Motive[1]) darauf hin, daß eine derartige Auffassung, zumal wenn der Bürge aus einem gegenseitigen Vertrag

[1]) Motive, Bd. II S. 666.

haftet, „nach § 323 B.G.B. zu großen Verwicklungen führt", es ist jedoch meines Ermessens nicht recht klar, welcherlei „Verwicklungen" hier entstehen könnten. Man könnte höchstens an den Fall denken, daß der Bürge, der schuldhafterweise die geschuldete Speziessache zerstört hat, dem Gläubiger die Einrede der Vorausklage entgegensetzt. Aber dann kann doch der Gläubiger mit der replicatio doli dem Bürgen entgegnen, daß er sich selbst dieses Schutzes beraubt habe, indem er ihm — dem Gläubiger — die Klage gegen den Schuldner durchaus unmöglich gemacht habe.

Der einzige Einwand, den man gegen die hier vertretene Auffassung mit einem Schein von Recht höchstens geltend machen könnte, ist wohl nur der Hinweis auf das im Bürgschaftsrecht streng durchgeführte Accessorietätsprinzip, das es der Bürgschaftsverbindlichkeit unmöglich mache auf eigenen Füßen zu stehen. Jedoch wird man mit der Analogie aus § 162 Abs. 2 diesem Einwand wirksam entgegentreten können: durch die culpa des Bürgen wird eben seine Verbindlichkeit so kräftig, daß sie aus einer accessorischen zu einer prinzipalen wird, wenngleich man auch um sie theoretisch und praktisch noch als Bürgschaft auffassen zu können, die Fortdauer der Hauptschuld daneben fingiert. Zudem entspricht es auch dem Interesse des Gläubigers, das wie erwähnt hier eine berechtigte Rücksicht verdient, aus den oben angeführten Gründen mehr, wenn man ihm die Kontraktsklage gewährt.

Eine andere Frage ist es dagegen, ob der Bürge, welcher das Erlöschen der Hauptschuld herbeigeführt hat, auch dann, wenn er diesfalls nicht aus einem zivilrechtlichen Delikt haftet, dem Gläubiger gegenüber durch Verletzung der aus dem Bürgschaftsvertrag entspringenden Pflichten verantwortlich ist. Diese Frage haben die Motive[1]) den Wissenschaften zur Entscheidung überlassen.

Wie wir oben gesehen haben, haftet der Bürge, wenn sein Verschulden den Tatbestand einer unerlaubten Handlung enthält, nicht bloß ex delicto nach § 823 ff. B.G.B., sondern auch als Bürge ex contractu weiter. Wie nun aber, wenn beim Verschulden des Bürgen nicht von einem Delikt im Sinne einer unerlaubten Handlung die Rede ist, wenn es sich höchstens um eine

[1]) Motive, Bd. II S. 666.

Verletzung der durch den Bürgschaftsvertrag übernommenen Pflichten handelt? Haftet auch in diesem Falle der Bürge ex contractu?

So ohne weiteres läßt sich meines Erachtens diese Frage keinesfalls bejahen oder verneinen, vielmehr dürfte es im einzelnen Fall darauf ankommen, ob der Bürge dem Gläubiger verantwortlich ist und wenn ja, ob er aus dem Bürgschaftsvertrag haftet.

Verantwortlich ist meines Ermessens der Bürge nur dann, wenn ihm, wie oben dargetan, eine Schuld trifft, oder wenn er trotz fehlenden Schuldmoments gemäß besonderer Parteivereinbarung zum Schadenersatz verpflichtet ist.

Ohne deliktisch zu haften ist der Bürge z. B. in folgendem Falle ersatzpflichtig: Der Bürge hat sich für die Ablieferung einer im Eigentum des Hauptschuldners stehenden Speziessache an den Gläubiger verbürgt, der Schuldner kümmert sich jedoch nach Empfang des Kaufpreises nicht mehr um die Ablieferung der Sache, sondern wandert in die weite Welt. Der Gläubiger fordert nunmehr den Bürgen auf die Sache herauszugeben und setzt ihn in Verzug. Plötzlich wird die Sache vernichtet, etwa durch einen Blitzschlag. Der Bürge ist in diesem Fall schadenersatzpflichtig, da dieser Zufall sich als casus mixtus darstellt.

Hat sich ferner der Bürge in einem ähnlichen Fall für Rücklieferung einer geliehenen Sache verbürgt und geht ihm bei der Rücklieferung die Sache ohne culposes Handeln seinerseits zu Grunde — es gilt z. B. mit der geliehenen Vase einen entgegenstürmenden tollen Hund abzuwehren und es zerbricht hiebei die Vase — so ist auch in solchem Fall der Bürge dem Gläubiger ersatzpflichtig gemäß § 904 B.G.B., ohne daß er culpos gehandelt hat.[1])

Es gibt jedoch zweifellos auch Fälle, in denen der Bürge trotzdem er den Untergang der Hauptschuld herbeigeführt hat, dem Gläubiger nicht verantwortlich ist, so bei unglücklichen Zufällen. Hier wird man wohl dem Bürgen den Einwand des erloschenen Rechtes zubilligen müssen.

Abgesehen von dem letzteren Fall ist somit der Bürge dem Gläubiger verantwortlich und zwar resultiert diese Verantwortlich-

[1]) Vgl. Merckens, S. 31.

keit wie bei der Haftung aus deliktischem Verschulden ebenfalls aus dem Bürgschaftsvertrag. Die mora des Bürgen in dem obenerwähnten Beispiel bewirkt nunmehr, daß seine Verpflichtung perpetuiert ist und auf eigenen Füßen steht. Der Bürge haftet somit auch aus dem Bürgschaftsvertrag. Wollte man anders entscheiden, so würde der Gläubiger gar keinen Ersatz verlangen können: der Schuldner ist von seiner Verbindlichkeit befreit worden, er war ja gar nicht im Verzug. Auf die Befreiung des Hauptschuldners kann sich somit der Bürge nicht berufen.

Wir kommen demnach zu dem Ergebnis, daß es abgesehen von der Haftung des Bürgen ex delicto auch eine solche ex contractu gibt, der Gläubiger ist demnach nicht lediglich auf die Deliktsansprüche beschränkt, sondern, da in der durch den Bürgschaftsvertrag übernommenen Verpflichtung für die Verbindlichkeit des Hauptschuldners, bezw. für ihre Erfüllung einzustehen nach Treu und Glauben auch die Verpflichtung zu finden sein wird, seinerseits die Erfüllung der Verbindlichkeit des Hauptschuldners nicht unmöglich zu machen, so ist der Bürge dem Gläubiger auch wegen Verletzung der durch den Bürgschaftsvertrag übernommenen Pflichten verantwortlich.

Entgegen der Anschauung Westerkamps[2]) wird darum der Bürge daraus, daß er nicht ex contractu, sondern bloß ex delicto hafte, nicht Einwände des erloschenen Rechts herzuleiten im stande sein. Gemäß der Willensinterpretation der Gesetze, gemäß den Forderungen, wie sie Gerechtigkeit und Billigkeit erheischen, müssen wir dahin kommen den Bürgen auch haftbar zu machen ex contractu, weil eben gemäß §§ 157 und 242 B.G.B. der Bürgschaftsvertrag den Bürgen dazu verpflichtet seinerseits nicht die Erfüllung der Schuld unmöglich zu machen.

[1]) Kisch, Unmöglichkeit, S. 43 Anm. 14.
[2]) Westerkamp, S. 96 ff.

II. Die dem Bürgen zustehenden Einreden im engeren Sinn.

§ 8.

1. Einreden aus der Person des Bürgen.

Mit Fug und Recht kann sonach der Bürge, wie wir gesehen haben, eine Reihe von Einwendungen dem Gläubiger gegenüber geltend machen sei es was das Entstehen oder den Fortbestand des klägerischen Anspruchs anbelangt, er kann hiebei Einwendungen verwerten, die nicht bloß aus seinem eigenen Ich, sondern auch ex persona tertii resultieren. Den Grund dafür, daß der Bürge auch Einwendungen aus der Person des Hauptschuldners herleiten kann, sahen wir in der accessorischen und correalen Natur der Bürgschaft, die eine Abweichung von der Regel rechtfertigt, daß Rechtsbehelfe ex persona tertii nicht geltend gemacht werden können.

Aber nicht bloß diese Einreden im weiteren Sinn sind es, die dem Bürgen als Schutzmittel gegenüber dem Gläubigeranspruch zu Gebote stehen, der Bürge kann auch abgesehen von diesen Einwendungen ein weiteres Abwehrmittel wirksam dem ihn bedrängenden Gläubiger entgegenhalten: die Einreden im engern Sinn und zwar auch hier nicht einzig und allein hergeleitet aus seiner Person, sondern gleichfalls auch aus der Person des Hauptschuldners. Der Bürge kann somit abgesehen von den oben erwähnten rechtshindernden und rechtsvernichtenden Tatsachen auch solche geltend machen, die zwar nicht die Existenz der Verbindlichkeit an sich in Frage stellen, die aber ihn oder den Hauptschuldner zur zeitweisen oder dauernden Verweigerung der Leistung berechtigen, kurz gesagt, er hat seinerseits in diesen Fällen Gegenrechte gegenüber dem Gläubigeranspruch.

Daß dem Bürgen alle Einreden aus seiner eigenen Person dem Gläubiger gegenüber zustehen, leuchtet ohne weiteres ein. So hat der Bürge zunächst alle Einreden, wie sie ihm der Bürgschaftsvertrag an die Hand gibt; vermöge der Abhängigkeit der Bürgschaftsverpflichtung von der Hauptverbindlichkeit stehen ihm des

weiteren gemäß §§ 765, 767 B.G.B. die aus dem Hauptschuldverhältnis erwachsenen Einreden zu.

So kann der Bürge die Einrede der ihm gegenüber vollendeten Verjährung gegen den Gläubiger wirksam geltend machen, auch wenn die Verjährung dem Hauptschuldner gegenüber unterbrochen ist.[1]) Wie wir später sehen werden, steht die Verjährungseinrede dem Bürgen auch ex persona tertii, also auch dann zu, wenn sie für den Hauptschuldner begründet ist. Es kann jedoch auch der Anspruch gegen den Bürgen als solcher verjähren[2]): Bürgschaft und Hauptschuld sind eben nicht eine „einige" Obligation — ein Begriff den unser Gesetzbuch gar nicht mehr kennt — sondern zwei verschiedene Obligationen, die ihrer Grundnatur nach ein Gesamtschuldverhältnis bilden im Sinne des § 421 B.G.B.,[2]) das nur stark modifiziert ist durch die Accessorietät der Bürgschaftsverbindlichkeit. Interessant ist hiebei, daß die Verjährung der Bürgschaft als selbständiger Obligation zufolge § 202 Abs. 2 B.G.B. auch solange läuft, solange dem Bürgen noch die Einrede der Vorausklage (§ 771) oder der Anfechtbarkeit oder Aufrechenbarkeit (§ 770) zur Seite steht.

Allerdings muß der Bürge, wenn er den Verjährungsschutz beansprucht, die Verjährung erst geltend machen: die Verjährung wirkt nur ope exceptionis. Hat sie der Bürge jedoch einmal vorgebracht, so erlangt er hiemit eine peremptorische Einrede gegenüber dem Gläubigeranspruch, dessen weitere Geltendmachung sei es im Weg der Klage oder der Einrede ausgeschlossen ist. Würde der Bürge dagegen die Verjährungseinrede nicht geltend machen, so würde das subjektive Recht des Gläubigers für denselben trotz der Verjährung bestehen bleiben. Dieses Fortbestehen des Gläubigerrechtes äußert sich namentlich darin, daß die Verpflichtung des Bürgen trotz der Verjährung des Anspruchs erfüllbar bleibt, daß der Bürge, wenn er seine Verbindlichkeit trotz der Verjährung erfüllt hat, das Geleistete nicht aus dem Grund

---

[1]) Vgl. Entscheidung in Seufferts Archiv, Bd. 62 Nr. 79, wo trotz der durch Klageerhebung unterbrochenen Verjährung des Anspruchs gegen den Hauptschuldner der Anspruch gegen den Bürgen als verjährt anzusehen ist; ferner Schaffeld im B.G.B., Kommentar von Reichsgerichtsräten, zu § 768, Anm. 1; Rehbein, Bd. I, S. 317, 318.

[2]) Herms, S. 33.

der Verjährung zurückfordern kann, daß er die verjährte Schuld vertragsmäßig anerkennen kann, daß für diese Schuld eine Sicherheitsleistung möglich ist, daß sie unter den in § 390 genannten Voraussetzungen zur Aufrechnung verwendet werden kann, endlich daß dem Gläubiger trotz der Anspruchsverjährung die Sachhaftung der dafür bestellten Pfandrechte oder Hypotheken bestehen bleibt. Gemäß der Beweiserleichterungsfunktion des Verjährungsinstitutes, die es dem auf Grund weit zurückliegender Tatsachen angesprochenen Bürgen ersparen will seinerseits die rechtliche Unerheblichkeit oder Entkräftung dieser Tatsachen durch den Nachweis von Umständen dartun zu müssen, welche die Zeit längst verdunkelt hat, gemäß ferner auch der wirtschaftlich polizeilichen Funktion der Verjährung, die den Gläubiger zur rechtzeitigen und strengen Einziehung seiner Geschäftsaußenstände mahnt, wird zwar der Bürge von seiner persönlichen Haftung frei, das subjektive Recht des Gläubigers in seinem oben angegebenen Umfang jedoch bleibt bestehen; es besteht demnach eine Schuld des Bürgen ohne persönliche Haftung oder wie verschiedentlich gesagt wird, eine natürliche Verbindlichkeit, eine obligatio naturalis[1]): nicht das Recht selbst geht ja durch die Verjährung des Anspruches unter, sondern nur dessen zwangsweise Durchsetzung.

Der Bürge hat ferner das Recht der Aufrechnung mit eigenen Forderungen gegenüber dem Gläubiger.[2]) Allerdings steht dem Bürgen nicht das Recht zu die Hauptverbindlichkeit durch die Aufrechnung mit Gegenforderungen des Hauptschuldners zu tilgen, denn nach § 387 gilt auch für den Bürgen der allgemeine Satz, daß niemand andere als seine eigenen Schulden aufrechnen kann. Stehen sonach Bürgschaftsschuld und Forderung des Bürgen an den Gläubiger als gleichartig und fällig einander gegenüber, so wird die Bürgschaftsschuld gemäß §§ 388, 389 durch Aufrechnungserklärung getilgt.[3]) Mit diesem[4]) Aufrechnungs-

[1]) cf. Staudinger, zu §§ 194 und 222 B.G.B.

[2]) Vgl. Entscheidung des Reichsgerichts, Bd. 53 S. 403 ff.

[3]) Die Bürgschaftsschuld, aber nicht die Hauptschuld kann der Bürge durch Aufrechnung mit einer eigenen Gegenforderung tilgen. Entscheidung des R.G. vom 31. 1. 1903 in der Deutschen Juristenzeitung, Bd. 8 S. 249, ferner Entscheidung im „Recht", Bd. 8 S. 532.

[4]) „Aufrechenbarkeit", „Aufrechnungsverhältnis", „Aufrechnungslage", Oertmann, S. 288, zu § 387 Vorbemerkung 3b p.

recht steht dem Bürgen ein der Einrede vergleichbares, aber doch von ihr verschiedenes Recht zu Gebote, ein Recht, das in der Wirkung sogar über das Einrederecht hinausgeht, da es das Forderungsrecht durch seine Ausübung vernichten und nicht bloß wie die Einrede hemmen soll.[1]) Hat nun aber der Bürge durch seine Aufrechnungserklärung den Gläubiger zum Betrag der Bürgschaftsschuld im Sinne des § 774 befriedigt, so hat er damit nicht die Hauptschuld getilgt, sondern nach gesetzlicher Bestimmung des § 774 geht nunmehr insoweit die Forderung des Gläubigers auf ihn über.

Eine andere Frage ist es natürlich, ob hiebei der Bürge dem Gläubiger die Befriedigung durch Aufrechnung aufzwingen und durch einseitige Aufrechnungserklärung den Übergang der Forderung auf seine Person bewirken kann. Meines Erachtens ist diese Frage zu bejahen[2]): das B.G.B. hat die Aufrechnung der Zahlung gleichgestellt, nach § 389 tritt Erlöschen infolge der Aufrechnung ein. Ausnahmen für irgendwelche Fälle sind nicht bestimmt. Auch geben entgegen der von Sievers[3]) vertretenen Anschauung die §§ 268, 1192, 1224, 1249 sowie 774 Abs. II kein argumentum e contrario ab.

Der Bürge kann sich ferner auf Einreden berufen, die direkt gegen den Bürgschaftsvertrag gerichtet sind; so kann er sich auf eine ihm vom Gläubiger ausdrücklich bewilligte Stundung berufen oder er kann geltend machen, daß der zwischen Gläubiger und Hauptschuldner abgeschlossene Stundungsvertrag ihm gegenüber nicht wirksam ist, da er mit der Stundung nicht einverstanden sei. Dies kann nämlich dann der Fall sein, wenn durch den Stundungsvertrag die Verpflichtungen des Schuldners gegenüber demjenigen Vertrage, für dessen Erfüllung die Bürgschaft geleistet wurde, erweitert werden, also die Lage des Bürgen ver-

---

[1]) Eck, Vorträge, S. 363: die Aufrechnung selbst ist eine Art der Erfüllung, ein modus tollendi.

[2]) Nicht ganz zutreffend ist es daher, wenn das O.L.G. Dresden (vgl. Jahrbuch des deutschen Rechts, Bd. II S. 455) erklärt, daß der Bürge auch gegenüber dem Konkurs des Gläubigers die verbürgte Forderung durch Aufrechnung mit einer eigenen Forderung an den Gläubiger „tilgen" könne.

[3]) Sievers, Bürgschaft und Aufrechnung, im „Recht" 1903 S. 249 ff.; vgl. auch Conrades, S. 318 ff., im „Recht" 1903.

schlechtert[1]) oder der Inhalt der ihm nach dem Bürgschaftsvertrag obliegenden Verpflichtungen zu seinem Nachteil geändert würden, wenn ihm die Erfüllung des Vertrags, wie dieser sich durch die Stundung gestaltet, angesonnen würde. Der Bürge kann sich unter Umständen auch darauf berufen, daß dem Hauptschuldner der Kredit nur unter gewissen Bedingungen eröffnet war, daß die Bürgschaft im Hinblick auf dieselben geleistet wurde und daß jene Bedingungen bei der Kreditgewährung nicht eingehalten wurden. In diesem Sinne hat das R.O.H.G. Bd. 9 S. 184 die Klage gegen einen Bürgen abgewiesen[2]), der sich für das Saldo eines Kontokorrents bei einem Kreditverein verbürgt hatte, nach dessen veröffentlichten Bedingungen die Kreditnehmer ihre Rechnungen so halten sollten, daß sie einen Teil des Jahres auch Gelder zu Gute hätten, was aber im gegebenen Fall nicht geschehen war: es fehlt hier an einer der Voraussetzungen, unter denen die Bürgschaft geleistet worden war.

2. Einreden aus der Person des Hauptschuldners.

Es stehen somit dem Bürgen alle Einreden aus seiner eigenen Person gegenüber dem Gläubigeranspruch zu. Wie aber kommt es, daß ihm abgesehen von diesen Gegenrechten, die aus seinem eigenen Ich resultieren, auch die exceptiones de iure tertii zu Gebote stehen und zwar hier im Sinne der Einreden im engern Sinn, der Geltendmachung von rechtshemmenden Tatsachen? Ist hier auch der Begriff der engen Abhängigkeit von Hauptschuld und Bürgschaftsschuld, der Accessorietät, der Schlüssel zu des Rätsels Lösung oder kommen nicht doch vielleicht mehr oder minder anders geartete Momente in Betracht? Nicht so einfach läßt sich diese Frage beantworten, auch gibt es keinen allgemein feststehenden Grundsatz, aus dem sich die Entscheidung ableiten ließe. Darum ist auch dieses Gebiet im gemeinen Recht eines der umstrittensten gewesen.

---

[1]) Die Verpflichtung eines Bürgen, der sich für eine in wenigen Wochen fällige Schuld verbürgt hat, wird nicht dadurch gemindert, daß dem Schuldner Stundung auf eine Reihe von Jahren gewährt wird. (O.L.G. Breslau im Jahrbuch des deutschen Rechts, Bd. II, S. 454.)

[2]) Entscheidung des Reichsgerichts, Bd. 59 S. 223 ff.

§ 9.

a. Kurzer Rückblick auf das gemeine Recht.

Vergebens sucht man im gemeinen Recht in den Quellen nach einer einheitlichen Ansicht. Marcian[1]) und Ulpian[2]) sprechen den Satz aus, daß sich die exceptio des Hauptschuldners auch auf den Bürgen erstrecke, in § 4 J. de repl. 4.14 heißt es: „exceptiones autem, quibus debitor defenditur, plerumque accomodari solent etiam fideiussoribus eius". In evidenter Weise ist demnach nach diesen drei Stellen das Recht des Bürgen auf Geltendmachung der Einreden des Hauptschuldners lediglich eine Konsequenz der accessorischen Natur der Bürgschaft. Jedoch ist nicht zu leugnen, daß eine Reihe anderer Stellen dieses Recht des Bürgen auf eine ganz andere Basis gestellt wissen will, sonst wäre kaum eine Erklärung zu finden für die verschiedene Behandlung, welche wir bei der exceptio S. C. Macedoniani und der exceptio pacti finden.

Die herrschende Meinung, vertreten von Girtanner,[3]) Geib[4]) und Strube,[5]) ist der Auffassung, daß ursprünglich dem Bürgen ein festes Recht auf Verwertung der dem Hauptschuldner zustehenden Einreden überhaupt nicht zustand, daß ihm dieser Schutz vielmehr nur auf Grund einer positiven Grundlage gegeben werden sollte.

Nach dem Justinianischen Recht liegt die ratio für die Verwertung der Einreden des Hauptschuldners durch den Bürgen lediglich in der Schutzbedürftigkeit des Hauptschuldners. Dieser Gedanke geht unzweideutig aus § 4 J. de repl. 4.14 hervor. Es standen demnach die Einreden nur dem regreßberechtigten Bürgen zu. Der Regreßweg würde es dem Bürgen ermöglichen sich noch schadlos zu halten, auch wenn er die Einreden des Hauptschuldners nicht geltend machen konnte und zur Leistung verurteilt wurde. Dem Hauptschuldner soll nun aber gerade die

---

[1]) Marcian l. 19 D. de exc. 44, 1: omnes exceptiones, quae res competunt, fideiussio quoque etiam invito res competunt.

[2]) Ulpian l. 32 D. L. t.: Et persona rei et quidem invito res exceptio (et cetera rei commode) fideiussio ceterisque accessionibus competere potest.

[3]) Girtanner, S. 39. [4]) Geib, S. 114. [5]) Strube, S. 21.

mehr oder minder gefährliche Situation, in die ihn der Bürgschaftsregreß bringen könnte, nach der Gesetzesinterpretation weit möglichst erspart bleiben: wäre er seinerseits vom Gläubiger belangt worden, so hätte er durch Geltendmachung der ihm als Hauptschuldner zustehenden Einreden seine Lage mildern können, so aber, da der Bürge diese Einreden nicht geltend machen könnte, würde sich seine Lage bedeutend verschlechtern. Aus diesem Grunde gewährt man sohin dem Bürgen die Einreden des Hauptschuldners.

Die spätere Entwicklung verläßt jedoch allmählich den Standpunkt in der Regreßfähigkeit des Bürgen die Grundlage für dessen Einrederecht zu sehen. Julian gibt nach l. 16 § 1 D. de S. C. Vell. dem Bürgen die Einreden des Hauptschuldners ohne Rücksicht darauf, ob er Regreß hatte oder nicht. Es unterliegt somit keinem Zweifel, daß die spätere Auffassung dahin ging, den Zusammenhang zwischen Exceptionsrecht und Regreßpflicht zu lösen und dem Bürgen allgemein das Recht auf Verwertung der Einreden aus der Person des Hauptschuldners zu geben.

Eine einheitliche Regelung der Frage, auf welche ratio sich demnach die Tatsache aufbauen soll, daß dem Bürgen die Einreden des Hauptschuldners zustehen, läßt sich somit aus dem gemeinen Recht nicht entnehmen.[1])

---

b. Regelung im B.G.B.

§ 10.

I. § 768 und seine Ausnahmen.

Reformatorisch hat das B.G.B. das Einrederecht des Bürgen aus der Person des Hauptschuldners nach einem fast ausnahmslos maßgebenden Princip normiert.

§ 768 B.G.B. bestimmt: „Der Bürge kann die dem Hauptschuldner zustehenden Einreden geltend machen". Hiemit bleibt für die römisch rechtliche Streitfrage, ob nur der regreßberechtigte oder jeder Bürge hiezu befugt sei, kein Raum mehr: Der Bürge, sohin

[1]) Siehe auch über diesen Streit der Meinungen Merkens, S. 32 ff.; Strube, S. 23 ff.

jeder Bürge kann dies tun. Nach der deutlich zu Tage tretenden Tendenz des römischen Rechts, die Lage des Hauptschuldners nicht zu verschlechtern, wurde dort dem Bürgen das Recht des Hauptschuldners Einreden auch seinerseits verwenden zu dürfen um des Hauptschuldners willen eingeräumt. Das entspricht unserm heutigen Recht nicht mehr. Wenn der Bürge Einreden geltend macht, so hat er nach dem Rechte des B.G.B. aus sich heraus das Recht, mit Rücksicht auf seine eigene Bedürftigkeit. Fremde Schuld hat der Bürge zu erfüllen, fremdem Interesse dient vor allem regelmäßig seine Verpflichtung: er bedarf vor allem des Schutzes des Gesetzes. Nicht selten — ja es dürfte dies sogar der Regelfall sein — erweist der Bürge mit der Übernahme der Bürgschaft, oft noch dazu in uneigennützigster Weise, dem Hauptschuldner eine Gefälligkeit um dessen mehr oder minder bedrohten Kredit zu stärken oder ihm neuen zu verschaffen. Es ist darum meines Erachtens nur als eine Forderung der Billigkeit zu betrachten, wenn nunmehr das Gesetz dem Bürgen, der für eines andern Wohl und Wehe das Risiko auf sich nimmt bei Insolvenz des Hauptschuldners dem Gläubiger zu haften, seinen Schutz in erhöhtem Maße zuteil werden läßt. Wenn darum nach des Gesetzes Bestimmung der Hauptschuldner im stande ist dem Angriff des Gläubigers seinerseits mit wirksamen Schutzmitteln zu begegnen, so ist es nach diesen Ausführungen nur recht und billig, diese Schutzmittel auch dem Bürgen zu gewähren, ihm gegenüber dem Angriff des Gläubigers mit Hilfe dieser Verteidigungsmittel eine Möglichkeit zum Rückzug zu gewähren.

Läßt sich somit aus den Forderungen der Billigkeit und Gerechtigkeit die Bestimmung des § 768 herauskonstruieren, so ist es doch sicherlich nicht uninteressant, diese Bestimmung auch auf eine juristische Grundlage zurückzuführen; unter diesem Gesichtspunkt betrachtet kann das Recht des Bürgen auf Verwertung von Einreden aus der Person des Hauptschuldners nur dem Bürgschaftsvertrag selbst entnommen werden. In erster Linie kommt dabei der Wille des sich Verbürgenden in Betracht, die Erklärung des Bürgen, der nach den Intentionen des Gesetzgebers regelmäßig die Absicht unterschoben werden kann an den Erleichterungen des Hauptschuldners teilzunehmen, dessen Lasten er trägt. Es dürfte somit nicht unrichtig sein, wenn man

sagt, daß es sich hier um die Präsumption einer gewissen Intensität für die Bürgenhaftung handelt, deren Grenze die Haftung des Hauptschuldners bildet.

Bezüglich des Princips, das der vom B.G.B. aufgestellten Regel zu Grunde liegt, bemerken die Motive[1]): „Die Vorschrift, daß der Bürge die Erfüllung der Hauptverbindlichkeit auf Grund von Einreden, welche dem Hauptschuldner gegen die verbürgte Forderung zustehen, verweigern kann, gründet sich in der nur accessorischen Natur der Bürgschaft und ist gerade mit Rücksicht auf diesen Grund aufgenommen". Weil somit die Natur der Bürgschaft nur eine abgeleitete, unselbständige ist, darum stehen dem Bürgen die Einreden des Hauptschuldners zu, gemäß dem Accessorietätsprinzip, das man bei Regelung des Bürgschaftsverhältnisses zum Ausdruck bringen wollte und auch tatsächlich gebracht hat, ist somit das Recht des Bürgen auf Verwertung von Einwänden de iure tertii im B.G.B. normiert.

Es gilt jedoch dieses Recht des Bürgen nicht so ohne weiteres, sondern mit zwei in § 768 Abs. 2 angeführten Einschränkungen. Diese Einschränkungen sind deshalb notwendig, da sonst mit Rücksicht auf die accessorische Natur der Bürgschaft ohne Schwierigkeit Konflikte entstehen könnten, die mit dem Bürgschaftszweck und der Dispositionsbefugnis des Hauptschuldners schlechthin unvereinbar wären.

1 Zunächst bestimmt § 768 Satz 2: „Stirbt der Hauptschuldner, so kann sich der Bürge nicht darauf berufen, daß der Erbe für die Verbindlichkeit nur beschränkt haftet." Es soll sich demnach der Bürge auf die dem Erben gemäß § 1973, §§ 1975 ff. 1993 ff. zustehende beschränkte Haftung nicht berufen können. Der innere Grund dieser Bestimmung leuchtet ein: dieses Recht des Erben ist begründet in der Unzulänglichkeit des Erbschaftsvermögens und für diesen Fall gerade, für die Insolvenz des Hauptschuldners, soll ja der Bürge dem Gläubiger Sicherheit gewähren.

Die Einrede der beschränkten Erbenhaftung ist somit dem Bürgen versagt; jedoch handelt es sich bei dieser Bestimmung nicht um eine wirkliche Ausnahme von dem sonst geltenden Grundsatz der Accessorietät, sondern nur um eine scheinbare. Der Kern hie-

[1]) Motive Bd. II, S. 661 ff.

für liegt nach Westerkamp[1]) nicht im Wesen der Bürgschaft, sondern in der ganzen Gestaltung der Erbenhaftung. Nach Westerkamp ist im B.G.B. der Nachlaß als ein besonderes Vermögen, getrennt von dem der Erben, anerkannt; die Einrede der beschränkten Erbenhaftung hat weder rechtlich noch tatsächlich Beziehung zum Nachlaß, der Erbe wendet damit lediglich die Überbürdung der Lasten eines ihm bisher fremden Vermögens, eines auch weiterhin von seinem sonstigen Vermögen getrennt bleibenden Sondervermögens von seinem freien Vermögen ab. Es handelt sich somit hier gar nicht um eine Einrede, die der Erbe als Inhaber des Vermögens des Hauptschuldners, als dessen Repräsentant hat, sondern um eine Einrede, die dem Erben nur als gleichzeitigem Inhaber einer zweiten Vermögensmasse zusteht, es ist gar keine Einrede des auch jetzt noch dem Rechte nach als Subjekt seines Sondervermögens weiter existierenden Hauptschuldners und somit ist § 768 Satz 2 nur eine scheinbare Ausnahme vom Grundsatz der Accessorietät. Treffend weist auch Oertmann darauf hin[2]), daß in solchen Fällen nach §§ 1973, 1975 ff. die Verschmelzung von Nachlaß und Erbenvermögen eben noch nicht durchgeführt oder wieder aufgehoben sei, als Erbe somit weniger der Erbe als vielmehr die in gewissem Sinn noch selbständige Erbschaft anzusehen sei. Es handelt sich meines Erachtens in diesem Falle gar nicht um eine Einrede aus der Person des Hauptschuldners, sondern um eine eigene Einrede des Erben. Dem Bürgen wird die Einrede nicht gewährt, weil der Gläubiger durch die Bürgschaft gerade gegen die Unzulänglichkeit des Vermögens des Hauptschuldners gesichert werden sollte.[3])

2. Es ist demnach der Satz 2 § 768 B.G.B. nur scheinbar eine Ausnahme von Satz 1, von dem Grundsatz der Accessorietät.

Wohl dagegen ist es eine richtige Ausnahme, wenn die Konkursordnung § 193 Satz 2 bestimmt: „Die Rechte der Gläubiger gegen den Mitschuldner und Bürgen des Gemeinschuld-

---

[1]) Westerkamp, S. 87 ff.

[2]) Oertmann, S. 943, zu § 768 Anm. 2b.

[3]) Hat sich dagegen der Bürge von vornherein für eine Nachlaßschuld verbürgt, für welche der Hauptschuldner nur beschränkt haftet, so reicht auch die Verpflichtung des Bürgen nicht über diese Haftung hinaus, vgl. Cosack, Bd. I § 158 S. 577.

ners werden durch den Zwangsvergleich nicht berührt." Die drohende Zahlungsunfähigkeit des Hauptschuldners hat dahin geführt beim Zwangsvergleich zwischen Gläubiger und Schuldner dem Bürgen die hierauf beruhenden Einreden des Schuldners zu versagen, der Bürge kann demnach die dem Schuldner aus dem Zwangsvergleich zustehenden Einreden nicht geltend machen. Läuft somit z. B. der Zwangsvergleich auf eine Stundung der Konkursforderungen hinaus und gehört die Hauptobligation zu den Konkursforderungen, so kann sich der Bürge nicht auf den Einwand der Stundung berufen.[1]) Hat ferner der Hauptschuldner die Akkordrate (die prozentual bestimmte Rate) gezahlt, so ist damit zwar die Verbindlichkeit des Hauptschuldners erloschen, es besteht überhaupt keine Hauptverbindlichkeit mehr, jedoch ist die Verbindlichkeit des Bürgen hiemit nicht erloschen, er muß seinerseits dennoch zahlen.

Gelegentlich hat man es auch als eine Ausnahme von dem Grundsatz des § 768 I bezeichnet, daß von dem Bürgen die seit der Konkurseröffnung laufenden Zinsen verlangt werden könnten. Das ist jedoch keine Ausnahme, denn diese Zinsen können auch vom Gemeinschuldner aus dessen nicht zur Konkursmasse gehörigen Vermögen verlangt werden.

Abgesehen von diesen Ausnahmen kann somit der Bürge alle dem Hauptschuldner zustehenden Einreden gegenüber dem Gläubigeranspruch geltend machen.

§ 11.

II. Die Einreden aus § 768 im besonderen.

Nicht mehr gilt im B.G.B. die Bestimmung des gemeinen Rechts, wonach dem Bürgen die höchstpersönlichen Einreden des Hauptschuldners versagt waren.[2]) Um eine Inkonsequenz gegenüber dem einmal aufgestellten Grundsatz zu vermeiden hat der Gesetzgeber auch für die höchstpersönlichen Einreden eine Ausnahmebestimmung nicht aufgestellt, zumal derartige Ausnahme-

[1]) Westerkamp, S. 90 ff.

[2]) Vgl. l. 7 pr. D. 44, 1, Windtscheid, § 447 Nr. 7: „exceptiones quae personae cuiusque cohaerent, non transeunt ad alios."

bestimmungen namentlich hinsichtlich dieser Einreden nach den Motiven[1]) im modernen Recht nur eine geringe praktische Bedeutung haben und sich mit der Regel, sowie der dieser zu Grunde liegenden Auffassung schwer vertragen.

Mit Fug und Recht verwendet nach der bisher herrschenden Auffassung der Bürge solche höchstpersönliche Einreden, die dem Hauptschuldner auf Grund seiner persönlichen Eigenschaften oder wegen seiner persönlichen Beziehungen zum Gläubiger zustehen, für seine Person. Im Gegensatz zur Ansicht Dernburgs[2]) glaube ich nicht, daß die Parteien des Hauptvertrags im stande sind, die Wirkungen der Verabredungen, wonach dem Hauptschuldner vertragsmäßig eine Einrede eingeräumt wird, auf ihre persönlichen Beziehungen zu beschränken, so daß der Gläubiger in der Lage wäre dem Bürgen, der gemäß § 768 von der Einrede des Hauptschuldners Gebrauch macht, mit der Replik entgegenzutreten für den Bürgen sei jener Vertrag eine res inter alios acta. Es legt eben die Bürgschaft dem Bürgen nicht lästigere Bedingungen auf als die Schuld dem Hauptschuldner: Gläubiger und Schuldner vermögen daher trotz entgegenstehender Absichten nicht den Bürgen durch einen internen Vertrag von den Begünstigungen auszuschließen, die eine spätere Vereinbarung dem Schuldner einräumt.[3]) So kann demnach z. B. der Gläubiger die Stundung der Hauptschuld nicht auf die Person des Hauptschuldners beschränken und den Bürgen von der Geltendmachung dieser Einrede ausschließen. Dem Bürgen steht vielmehr gemäß § 768 die dem Hauptschuldner gemäß der Verabredung an und für sich höchst persönlich zustehende Einrede der Stundung in diesem Falle ebenfalls zu. Dieser Auffassung, daß hier durch vertragsmäßige Abmachung dem Bürgen die Einrede nicht entzogen werden darf, ist auch das Reichsgericht[4]) beigetreten: Wird somit durch eine lediglich zwischen dem Gläubiger und Hauptschuldner vereinbarte Abrede ein Fälligkeitstermin hinausgeschoben, so kommt dies eo

[1]) Motive, II, S. 662, vgl. auch Plank, S. 830, Anm. 1 zu § 768, Matthiaß, S. 612 Bd. I § 131.

[2]) Dernburg, Bd. II S. 349 Anm. 5.

[3]) Vgl. Entscheidung des O.L.G. Breslau im Jahrbuch des deutschen Rechtes, Bd. 2 S. 454.

[4]) Entscheidung des Reichsgerichts, Bd. 56 S. 312 ff.

ipso auch dem Bürgen zu gute.[1]) Etwas rechtlich Unmögliches ist meines Erachtens in einer solchen zwischen Gläubiger und Hauptschuldner vereinbarten Clausel nicht zu erblicken, denn eine derartige Abmachung ist auch keineswegs wirkungslos, wie Neumann[2]) meint, nur ist sie eben gemäß § 768 nicht einzig und allein auf die Vertragsparteien beschränkt, sondern, wenn hieraus der Hauptschuldner Einreden herleitet, so sind diese ohne weiteres auch dem Bürgen zu gewähren.

Wie jedoch verhält es sich mit jenen Einreden, die lediglich in der Vermögensunzulänglichkeit des Hauptschuldners ihren Grund haben? Dernburg[3]) kommt, indem er § 768 Satz 2 geradezu als Ausgangspunkt zu seiner Verallgemeinerung nimmt, zu dem Ergebnis, daß sich der Bürge auf derartige Einreden des Hauptschuldners nicht solle berufen dürfen. Jedoch liegt meines Ermessens durchaus kein Grund vor die in § 768 selbst angeführten Ausnahmebestimmungen zu verallgemeinern und alle auf Vermögensunzulänglichkeit beruhenden Einreden des Hauptschuldners dem Bürgen abzusprechen. Allerdings wäre ja Dernburgs Anschauung an und für sich durchaus praktisch, sie widerspricht jedoch zweifellos dem nicht mißzuverstehenden Wortlaut des Gesetzes sowie auch dessen Entstehungsgeschichte. Das Gesetz selbst stellt lediglich die beiden oben erwähnten Ausnahmen auf, es würde demnach eine derartige Auslegung Dernburgs schon gegen den allgemeinen Rechtsgrundsatz verstoßen, daß Ausnahmen von der Hauptregel keine Analogie gestatten.[4]) Es spricht jedoch im vorliegenden Fall vor allem noch der Umstand gegen die Auffassung Dernburgs, daß bei den Beratungen der II. Kommission ein Antrag abgelehnt wurde, der dem Bürgen alle Einreden im Sinne Dernburgs versagt wissen wollte, die ihren Grund in der Vermögensunzulänglichkeit des Hauptschuldners hätten.[5])

---

[1]) §§ 767, 768 B.G.B.

[2]) Neumann, zu § 768 B.G.B. Anm. 3a S. 498.

[3]) Dernburg, bürgerl. Recht, Bd. II § 287 Anm. 6.

[4]) Pulvermann, S. 25 ff. „Sicherlich hätte der Gesetzgeber derartige Ausnahmen durch gesetzliche Bestimmungen festgelegt, falls eine Durchbrechung der im § 768 von ihm aufgestellten Regel beabsichtigt gewesen wäre"; ebenso Schollmeyer, S. 172, Radike, im Archiv f. civ. Praxis, Bd. 32 S. 398 ff.

[5]) Protokolle II, S. 466.

Es kommt sonach die herrschende Meinung zu dem Ergebnis, daß sich der Bürge auch auf die Einrede des Notbedarfs des Hauptschuldners solle berufen dürfen, welche das Gesetz bei der Schenkung § 519 B.G.B., dann im Falle des § 829 und bei der Unterhaltungspflicht, § 1719, dem Hauptschuldner einräumt. Wenngleich auch die innere Ursache dieser Einrede auf die Zahlungsunfähigkeit des Hauptschuldners zurückzuführen ist, so ist dennoch diese Einrede dem Bürgen zuzubilligen.

Energisch macht gegen diese Auffassung Oertmann Front,[1]) der namentlich hinsichtlich der Einrede des Notbedarfs aus § 519 diese Einrede dem Bürgen versagt wissen will und zwar trotz § 768. Nach seiner Ansicht kann diese Einrede, die in ihres Wesens tiefstem Grund die Tendenz verfolgt den Hauptschuldner dank seiner Freigebigkeit nicht der Gefahr des ökonomischen Ruins auszusetzen, vom Bürgen unter keinen Umständen geltend gemacht werden: Der Bürge hat diese Einrede keinesfalls aus eigenem Recht, er ist ja nicht Schenker, er hat sie jedoch auch nicht aus dem Rechte des Hauptschuldners, denn der Zweck seiner Verpflichtung ist Sicherung des Gläubigers gegen die Insolvenz des Schuldners. Es wäre somit nach Oertmann diesem Zweck durchaus zuwider, wenn der Bürge diese Einrede des Schuldners für sich verwenden wollte, während er sich doch vielleicht gerade deshalb verbürgt hat um dem Gläubiger die Gefahr jener Bedürftigkeit abzunehmen.

Abweichend will zwar Radicke[2]) dem Bürgen die Einrede mit Rücksicht auf das formelle Recht gewähren, jedoch operierend mit den Gesichtspunkten von Treu und Glauben, die unter allen Umständen ein anderes Resultat verlangen müssen als das Ergebnis des formellen Rechts, läßt er den Bürgen mit dieser Einrede nicht durchdringen, läßt dieselbe vielmehr hinfällig werden durch eine replicatio doli des Gläubigers, da es ja gerade Zweck des Bürgschaftsvertrags sei und nur sein konnte dem Schenkungsgläubiger bei der Unfähigkeit des Hauptschuldners zur Leistung, die der im Sinn des § 519 vorliegenden Bedürftigkeit in der Wirkung gleichsteht, Sicherheit zu gewähren.

Meines Ermessens ist dem Bürgen schon aus der praktischen allgemeinen Erwägung, daß der Bürgschaftsvertrag die

[1]) Oertmann, S. 513 zu § 519, Anm. 4b.

[2]) Radicke, Archiv. f. civ. Praxis, Bd. 32 S. 398 ff.

generelle Tendenz verfolgt dem Schenkungsgläubiger bei Unfähigkeit des Hauptschuldners zur Leistung Sicherheit zu gewähren, die Einrede des Notbedarfs im Falle des § 519 B.G.B. durchaus zu versagen. Man könnte ja allerdings einwenden, daß, wenn der Bürge den Gläubiger befriedigt, die dem Schenker aus rechtspolitischen Erwägungen gegebene Einrede des Notbedarfs illusorisch gemacht werden könnte. Dies ist jedoch keineswegs der Fall: Stehen doch nach §§ 412, 404 dem vom Bürgen in Anspruch genommenen Hauptschuldner die Einwendungen zu, die zur Zeit des Übergangs der Forderung des Gläubigers auf den Bürgen begründet waren.

In gleicher Weise sind meines Erachtens auch die Fragen, ob dem Bürgen die höchstpersönliche Einrede des Notbedarfs in den ganz analogen Fällen der §§ 1603 Abs. 1, 1579 Abs. 1, 1680 Abs. 1, 1620 Abs. 1 zustehen, in negativem Sinne zu entscheiden, auch in diesen Fällen ist dem Bürgen diese Einrede zu versagen.

Einen besonderen Fall, wo dem Bürgen ebenfalls eine höchst persönliche Einrede des Hauptschuldners nicht zusteht, sieht Oertmann[1]) in dem pactum de non petendo in personam: Hat sich somit z. B. der Gläubiger dem Schuldner gegenüber verpflichtet ihn während einer Reise, einer militärischen Dienstleistung etc. nicht in Anspruch zu nehmen, so kann sich nach Oertmann der Bürge auf dieses pactum in keiner Weise berufen und, vom Gläubiger belangt, dasselbe auch nicht als Einrede des Hauptschuldners geltend machen. Jedoch ist allerdings durch ein solches Paktum die dem Bürgen gemäß § 771 zustehende Einrede der Vorausklage nicht ausgeschlossen und insoferne, jedoch nur insofern ist dem Bürgen gegenüber das Paktum inhalts- und wirkungslos.

Oertmann huldigt somit dem Standpunkt, daß es dem Gläubiger unbenommen bleiben soll mit einem solchen pactum de non petendo aus irgend einem Grunde den Schuldner persönlich nicht mehr zur Zahlung zwingen zu wollen, zumal ihm ja der solvente Bürge für die Erfüllung der Verbindlichkeit haftet. Jedoch ist meines Erachtens nach dem unzweideutigen Wortlaut des § 768 zu solcher Auffassung kein Raum mehr: ohne Beteiligung des Bürgen selbst dürfte dieses Ziel für den Gläubiger

[1]) Oertmann, S. 943, Anm. 2a zu 768.

nicht erreichbar sein. Es sind hier eben dem Willen der Parteien gewisse gesetzliche Schranken gezogen. Nach dem B.G.B. selbst würde dem Bürgen doch immer ispo iure der Gegenanspruch gegen den Hauptschuldner zufallen, würde der letztere doch immer die Leistung zu bewirken haben und somit das zwischen Gläubiger und Hauptschuldner abgeschlossene Paktum durchaus illusorisch sein. Eine unbillige Konsequenz wäre darin auch meines Erachtens für den Gläubiger nicht zu erblicken: Er braucht ja seinerseits das pactum nicht abzuschließen, ehe er sich genau darüber vergewissert hat, daß der Bürge von dem ihm gesetzlich zustehenden Einrederecht keinen Gebrauch macht. Diese Wirkung nun erreicht er einzig und allein durch Abschluß eines Vertrags mit dem Bürgen, wonach dieser auf das Recht aus § 768 verzichtet!

Sind somit auch an und für sich, wie wir gesehen haben, dem Bürgen die höchstpersönlichen Einreden des Hauptschuldners nicht zu versagen, so gibt es doch, namentlich im Gebiet der Einreden des Notbedarfs, zahlreiche Fälle, wo diese Einreden dem Bürgen nicht zustehen. Abgesehen hievon kann der Bürge in einer Reihe anderer wenn auch immerhin nicht ganz unbestrittenen Fällen die Einreden des Hauptschuldners geltend machen.

So hat der Bürge zunächst die Einrede des Zurückbehaltungsrechtes gemäß § 273 B.G.B. Es entspricht durchaus den Forderungen der Billigkeit, daß der Bürge seinerseits die Befugnis hat die vom Hauptschuldner geforderte Leistung, für deren Erfüllung er einzustehen hat, solange verweigern darf, bis der Gläubiger seinerseits die ihm obliegende Verbindlichkeit erfüllt hat: der Gegenanspruch, den in diesem Falle der Hauptschuldner aus demselben rechtlichen Verhältnis gegen den Gläubiger hat, geht somit gemäß § 768 auf den Bürgen über. Allerdings schützt den Bürgen diese Einrede, was ihre Wirkung anbelangt, trotz ihrer Geltendmachung nicht vor der Verurteilung, sie bewirkt lediglich nur, daß er Zug um Zug zu verurteilen ist.

Eine weitergehende Bedeutung hat allerdings das Reichsgericht[1]) dem Zurückbehaltungsrecht dann beigemessen, wenn hiebei zugleich die Voraussetzungen der Aufrechnung gegeben sind: es soll dann die Klage des Gläubigers völlig abzuweisen sein. Dies geht jedoch meines Erachtens zu weit und dürfte nur

[1]) vgl. Entscheidung vom 24. April 1908, im „Recht" 1908.

Anspruch auf Geltung haben, wenn in der Zurückbehaltung in Wahrheit eine lediglich ungenau ausgedrückte Aufrechnung enthalten ist, was freilich im Zweifel zutreffen wird. Eine andere Frage ist es hiebei, ob man nicht etwa dem Beklagten ein Verteidigungsmittel aufdrängt und zumutet, das er selbst nicht angewendet wissen will.

Einen höchst eigentümlichen Fall, wo dem Bürgen die Einrede des Zurückbehaltungsrechtes versagt ist, erwähnt das Reichsgericht[1]): hat der Schuldner seine Verbindlichkeit zur Werklohnzahlung ohne die Einrede des Zurückbehaltungsrechts geltend zu machen in eine Darlehnsschuld umwandeln lassen,[2]) so hat er damit die dilatorische Einrede des Zurückbehaltungsrechtes verloren, gerade so, wie wenn sie durch Zahlung jener Schuld verloren gegangen sein würde.[3]) Es kann darum auch der Bürge diese Einrede nicht mehr geltend machen.

Als Unterart der mehr allgemeinen Einrede des Zurückbehaltungsrechts steht dem Bürgen ferner zu die Einrede des nicht erfüllten Vertrags nach § 320 B.G.B., die sich nach Oertmann[4]) qualifiziert als ein protenziertes Zurückbehaltungsrecht, da hier der Zusammenhang der beiderseitigen Ansprüche fester ist als beim gewöhnlichen Zurückbehaltungsrecht. Mit dieser Einrede kann jedoch der Bürge nicht die Gegenleistung an sich selbst fordern, auch wenn er als Bürge für die Gegenleistung in Anspruch genommen wird, sondern nur Leistung an den Hauptschuldner. Der Bürge seinerseits hat aber ein Zurückbehaltungsrecht bis zu dem Zeitpunkt, wo der Gläubiger den Hauptschuldner befriedigt.

Nach der Auffassung Hölders[5]) steht diese Einrede dem Bürgen überhaupt nicht zu, da der Bürge, der sich für eine durch einen gegenseitigen Vertrag gegebene Verpflichtung verbürgt, die Leistung nicht schulde, solange dem Hauptschuldner die Einrede des nicht erfüllten Vertrags zustände. Ist somit die Leistung

[1]) E.R.G. Bd. 62, S. 51.

[2]) gemäß § 607 Abs. II B.G.B.

[3]) eine bloß dilatorische Einrede macht eben die Schuld nicht zu einer Nichtschuld.

[4]) Oertmann, S. 182 zu § 320 Anm. 3, vgl. auch Werner S. 4 ff.

[5]) Hölder: Archiv für Civ. Praxis, Bd. 93, S. 121.

des Bürgen noch nicht eine geschuldete, sei es daß der Gläubiger dem Schuldner gegenüber die Gegenleistung weder vollzogen noch auch sich zu ihr erboten hat, so ist nach Hölder ein Anspruch gegen den Bürgen überhaupt noch nicht begründet und die Klage ist darum als eine zur Zeit unbegründete abzuweisen. Es träte somit eine ganz bedeutende Abschwächung der Bürgenhaftung ein, der Bürge würde, wenn dem Hauptschuldner die Einrede des nicht erfüllten Vertrags zusteht, nach Hölders Auffassung überhaupt nicht haften. Eine derartige Auffassung läßt sich jedoch mit den gesetzlichen Bestimmungen in keiner Weise in Einklang bringen, in unzweideutiger Weise spricht gegen diese Theorie § 767 Abs. 1 in Verbindung mit § 322.

Der Bürge hat demnach die Einrede des nicht erfüllten Vertrags und zwar bewirkt er mittels Geltendmachung dieser Einrede, daß er nur Zug um Zug gegen die seitens des Gläubigers an den Hauptschuldner zu machende Gegenleistung verurteilt wird. Natürlich muß dieses Recht zur Verweigerung der Leistung, das zugleich das Verlangen der Gegenleistung enthält, auch tatsächlich vom Bürgen geltend gemacht werden, es genügt nicht, wenn er z. B. einfach wegen angeblicher Nichtlieferung des Klägers Klagabweisung begehrt, das wäre unwirksam und der beklagte Bürge wäre ohne weiteres zu verurteilen.[1])

Dem Bürgen steht ferner wie dem Hauptschuldner die Einrede des noch nicht vollständig erfüllten Vertrags, exceptio non rite adimpleti contractus, dann zu, wenn der Gläubiger noch nicht vollständig oder doch nicht in solcher Art geleistet hat, wie er zu leisten verpflichtet war. Und zwar steht diese Einrede dem Bürgen solange zu, bis die Leistung vervollständigt oder in der gehörigen Weise verbessert ist.

Im engen Zusammenhang mit § 320 gewährt § 321 dem Bürgen die Einrede des nicht erfüllbaren Vertrags: ist der Hauptschuldner aus einem gegenseitigen Vertrag vorzuleisten verpflichtet, so kann er, wenn nach Abschluß des Vertrags in den Vermögensverhältnissen des Gläubigers eine Verschlechterung eintritt, durch die der Anspruch auf die Gegenleistung gefährdet wird, die ihm obliegende Leistung verweigern, bis die Gegenleistung ge-

[1]) vgl. Entscheidung des O.L.G. Braunschweig vom 2. 4. 03 in der Rechtsprechung Bd. 8, S. 31.

währt oder Sicherheit für sie geleistet ist und zwar kann der Bürge diese Einrede des Hauptschuldners nicht bloß dem in Vermögensverschlechterung geratenen Gläubiger gegenüber geltend machen, sondern auch dessen Cessionar, da dieser zur Gegenleistung verpflichtet geblieben ist und durch Abtreten der Ansprüche an den Dritten das Recht der Partei aus § 321 nicht beeinträchtigt werden kann.[1]) Dieses Recht des Bürgen auf Geltendmachung der Einrede entsteht nicht erst durch eine außerhalb des Rechtsstreites an den anderen erlassene Kundgebung, sondern durch die Tatsache der Vermögensverschlechterung des zur Leistung Verpflichteten.

Hat jedoch der Bürge mit dieser Einrede zugleich auch das Recht auf Leistung Zug um Zug zu klagen? Mit Recht hat die herrschende Meinung[2]) diese Frage verneint: stellt doch § 321 mit keinem Wort eine etwa korrespondierende Verpflichtung des Gläubigers auf die Erfüllungsverweigerung des andren Teils dadurch zu beseitigen, daß er seinerseits die Gegenleistung bewirkt oder dafür Sicherheit leistet. Allerdings ist hiedurch ein Schwebezustand geschaffen, während dessen es vorerst ungewiß bleibt ob sich der Schuldner zur Leistung Zug um Zug oder zur Sicherheitsleistung verstehen wird, der Bürge aber, an den Vertrag gebunden und zur Erfüllungsbereitschaft verpflichtet bleibt; es sind eben Gegenleistung und Sicherheitsleistung nicht in solutione, sondern sie sind lediglich Mittel zur Abwendung der Einrede.

Die an sich beschränkte Tragweite des § 321 schließt jedoch unter Umständen nicht aus[3]), daß der Bürge nach § 157 B.B.B., d. h. nach einer Auslegung des Vertragsverhältnisses nach Treu und Glauben dennoch zum Rücktritt berechtigt ist, weil die clausula rebus sic stantibus als stillschweigend vereinbart anzusehen ist. Zudem hat die II. Kommission die Klauselehre, die wir sonst lediglich im § 610 B.G.B. wiederfinden, auf den Fall der Verpflichtung aus einem gegenseitigen Vertrag in dem im § 321 angegebenen Umfang ausgedehnt.[4])

[1]) Entscheidung des Reichsgerichts Bd. 51, S. 170 ff.

[2]) Plank, S. 140, Abs. 4 zu § 321. Oertmann, S. 187, Anm. 4b zu § 321.

[3]) vgl. Staudinger zu § 321 Anm. 1, S. 147. Entscheidung des Reichsgerichts Bd. 50, S. 255.

[4]) Protokolle Bd. 1, S. 631, 632.

Ob der Bürge seinerseits dem Gläubiger eine angemessene Frist zur Vornahme der Gegenleistung oder Sicherheitsleistung zu stellen berechtigt ist, nach deren Ablauf er zurücktreten könne, hat Dernburg[1]) in bejahendem Sinn entschieden unter Hinweis auf Analogie von §§ 283 und 326. Wenngleich nach meinen obigen Ausführungen ein Bedürfnis zur Regelung der Frage in diesem Sinne keineswegs zu bestreiten ist, so halte ich doch die positivrechtliche Anerkennung für äußerst problematisch; namentlich dürfte der Hinweis auf §§ 283 und 336 denn doch etwas zu weit gehen.

Dem Bürgen steht somit auch die dem Grundgedanken der clausula rebus sic stantibus nahe kommende Schutzvorschrift der Einrede des nicht erfüllbaren Vertrags zu Gebote und zwar schon dann, wenn die tatsächliche Besorgnis der Gefährdung des Anspruchs auf die Gegenleistung begründet ist.

§ **821** gewährt ferner dem Bürgen eine Einrede gegen den Anspruch auf Erfüllung einer ohne rechtlichen Grund eingegangenen Verbindlichkeit. Es hat demnach der Bürge nicht bloß einen Anspruch auf Befreiung von der Verbindlichkeit, sondern auf Grund dieses Anspruchs auch eine Einrede gegenüber dem Anspruch auf Erfüllung der Verbindlichkeit. Wäre der Anspruch auf Befreiung verjährt, so würde der hieraus sich ergebenden Einrede die Replik der Verjährung entgegenstehen, ein unbilliges Ergebnis, dem § 821 wirksam entgegentritt.

Des weiteren hat der Bürge die dilatorische Einrede der mangelnden Sicherheitsleistung gemäß § 232 in den vom Gesetzgeber ausdrücklich aufgeführten Bestimmungen der §§ 258, 321, 811 Abs. 2, 867, 997, 1005, 1049 Abs. 2, 2125 Abs. 2.

Ferner steht dem Bürgen zu die Einrede aus § 379, die Einrede der seitens des Hauptschuldners vollzogenen Hinterlegung. Ist die Rücknahme der Hinterlegung nicht ausgeschlossen, so kann der Bürge der Geltendmachung des Anspruchs durch den Gläubiger die Einrede entgegensetzen, daß der Hauptschuldner hinterlegt habe, vorausgesetzt natürlich, daß die Hinterlegung gemäß § 372 B.G.B. rechtmäßig erfolgt ist. Durch die Hinterlegung seitens des Hauptschuldners ist ja der Bürge nicht eo ispo befreit, er gewinnt nur

[1]) Dernburg § 173 I.

eine Einrede,[1]) daß er seinerseits nicht zu leisten braucht, weil der Hauptschuldner hinterlegt habe, und zwar ist diese Einrede eine unmittelbare Folge der Hinterlegung selbst, so daß es zu ihrer Entstehung nicht erst noch einer nach der Hinterlegung vollzogenen Verweisung im Sinne einer empfangsbedürftigen Willenserklärung bedarf. Für den Bürgen hat die Hinterlegung die weitere Folge, daß er gemäß § 284 nicht in Verzug geraten kann, sowie daß nach § 339 eine Vertragsstrafe von ihm nicht erwirkt werden kann.

Hat der Gläubiger durch eine von ihm begangene unerlaubte Handlung eine Forderung gegen den Hauptschuldner erlangt, so kann der Bürge dem Ansinnen des Gläubigers diese Forderung zu erfüllen wirksam die Einrede aus § 853 B.G.B. entgegensetzen, er kann die Erfüllung auch dann verweigern, wenn der Anspruch auf Aufhebung der Forderung bereits verjährt ist. Gemäß § 853 steht somit in diesem Fall dem Bürgen die exceptio doli generalis zu, die sonst im B.G.B. nicht allgemein, wenigstens nicht ausdrücklich anerkannt ist.[2]) Der hauptsächlichste Fall ist der durch arglistige Täuschung oder durch widerrechtliche Drohung seitens des Gläubigers zustande gebrachte Vertrag. Ob die Weigerung der Erfüllung, die dem Schuldner und somit auch dem Bürgen einer auf solchem Weg erlangten Forderung auch nach Verjährung des Anspruchs auf Aufhebung der Forderung gestattet ist, auch dann zulässig ist, wenn es sich nicht um Verjährung des Anspruchs auf Aufhebung der Forderung handelt, sondern um den Ablauf der Anfechtungsfrist des § 124, läßt das Reichsgericht[3]) unentschieden; da aber nach Versäumung der Anfechtungsfrist des § 124 der Getäuschte oder Bedrohte die Aufhebung des Vertrags auf Grund der §§ 826, 249 nicht mehr verlangen kann,[4]) wird sinngemäß auch in diesem Fall dem Bürgen die Anwendung des § 853 zuzuerkennen sein, wenn anders die Bestimmung einen wirklichen Wert für die Rechtsausübung haben soll.

Der Bürge hat ferner die Einrede aus § 526: wenn er sich für die Vollziehung der Auflage des Beschenkten verbürgt hat und es erreicht infolge eines Mangels im Recht oder eines Mangels der

---

[1]) § 379 B.G.B. . . . „kann verweisen".
[2]) Entscheidung des Reichsgerichts Bd. 58, S. 156.
[3]) E.R.G. Bd. 60, S. 194 ff.
[4]) Entscheidung des R.-G. Bd. 63 S. 269 ff.

verschenkten Sache[1]) der Wert der Zuwendung nicht die Höhe der zur Vollziehung der Auflage erforderlichen Aufwendung, so kann er bis zur Ausgleichung die Vollziehung der Auflage verweigern, entsprechend der allgemeinen Erwägung, daß es durchaus unbillig ist, wenn der Beschenkte mehr zahlen soll als er selbst erhalten hat; es steht somit dem Bürgen diese Einrede zwar nicht als eine endgiltige, aber doch bis zur Ausgleichung des Fehlbetrags wirkende zu.

Wie bereits oben erwähnt, kann der Bürge die Einrede der Stundung selbst dann geltend machen, wenn durch ein persönlich zwischen Gläubiger und Hauptschuldner geschlossenes Paktum dem Hauptschuldner ausdrücklich lediglich für seine Person gestundet worden ist[2]); zweifellos kann natürlich diese Einrede als exceptio ex persona tertii der Bürge auch dann verwerten, wenn eine derartige ihn ausschließende Verabredung zwischen Gläubiger und Hauptschuldner nicht getroffen ist.

Ist die Hauptschuld von einer Kündigung des Gläubigers abhängig, so hat der Bürge, wenn dem Hauptschuldner gegenüber die Kündigung nicht erfolgt ist, die Einrede der nicht erfolgten Kündigung. Ihm selbst gegenüber kann die Kündigung nicht erfolgen, da sie nicht genügen würde um die Forderung fällig zu machen.[3])

Daß die Unterbrechung der Verjährung der Hauptverbindlichkeit nicht gegenüber dem Bürgen wirkt, darauf wurde bereits oben hingewiesen[4]): der Bürge kann die Einrede der Verjährung geltend machen, selbst wenn die Verjährung der Hauptverbindlichkeit unterbrochen ist.[5]) Der Bürge kann sich jedoch auch gemäß § 768 in Verbindung mit § 222 Abs. 2 auf die Einrede der Verjährung der Hauptschuld auch dann berufen, wenn in der Richtung gegen ihn die Verjährung unterbrochen ist, eine Be-

---

[1]) vgl. auch Dernburg, bürgerl. Recht Bd. II § 287.

[2]) Entscheidung des R.G. Bd. 56 S. 310 ff. und Bd. 39 S. 223 ff.

[3]) Thiele im Archiv f. civ. Praxis, Bd. 89 S. 128.

[4]) Marcus im „Recht" 1903: „Die Selbständigkeit beider Obligationen bewirkt, daß die Unterbrechung der Verjährung der Hauptschuld nicht gegen den Bürgen und ebensowenig umgekehrt die der Hauptschuld gegenüber dem Schuldner wirkt."

[5]) Vgl. Motive, Bd. II S. 663, Entscheidung des R.G. Bd. 34 S. 158. Seufferts Archiv, Bd. 62 S. 134.

stimmung, die auch für den selbstschuldnerischen Bürgen gilt.[1]) Eine Eigentümlichkeit dieser Verjährungseinrede liegt darin, daß sie kein Rückforderungsrecht gewährt, wenn trotz ihres Vorhandenseins geleistet worden ist, § 813 Abs. 1 Satz 2, sie stellt in dieser Beziehung die einzige Ausnahme unter den Dauereinreden des B.G.B. dar.

Ist der Bürge erst nach vollendeter Verjährung beigetreten, so kann er sich wegen § 222 Abs. 1 nicht mehr auf die Einrede der Verjährung berufen.

Eine nicht uninteressante Frage ist es ferner, ob sich der Bürge auch auf das Ermäßigungsrecht einer Vertragsstrafe nach § 343 berufen kann und ob ihm hieraus eine Einrede zu Gebote steht. Wenngleich mehrere Autoren in der Geltendmachung dieses Rechtes überhaupt keine Einrede erblicken[2]), sondern der Ansicht sind es könne die Ermäßigung nicht im Weg der Einrede, sondern nur der Klage oder Widerklage geltend gemacht werden, so ist doch meines Erachtens der durchaus herrschenden Meinung beizupflichten, daß dieser Antrag auf Herabsetzung der Vertragsstrafe auch im Wege der „Einrede" geltend gemacht werden kann. Wenngleich ja auch in dieser Geltendmachung des „Antrags auf Herabsetzung" keine wahre Einrede liegt, da erst der Richter den bis dahin voll vorhandenen Strafantrag herabsetzt, so kann meines Ermessens doch gegenüber der vom Gläubiger auf den ganzen Betrag angestrengten Leistungsklage der Hauptschuldner im Weg der Einrede seinen „Antrag" geltend machen.[3]) Der Schuldner macht somit hier immerhin eine Einrede geltend oder „doch wenigstens einen ihr sehr ähnlichen Rechtsbehelf".[4]) Der Zweck des Gesetzes, den Bürgen an den Vorteilen der Rechtslage des Hauptschuldners teilnehmen zu lassen, dürfte somit auch in diesem Falle dahin führen dem Bürgen in entsprechender Anwendung von § 768 diese Einrede zu gewähren. Während

[1]) Entscheidung des R.G. in Gruchots Beiträgen, Bd. 44 S. 951.

[2]) Plank, S. 188 zu § 343 Anm. 1; Hellwig, Anspruch und Klagerecht S. 13; Marcus im „Recht" 1900, S. 214.

[3]) So Staudinger, S. 184 zu § 343 Anm. 4 im Gegensatz zu seiner in der 1. Aufl. vertretenen Auffassung; Hölder, im „Recht" 1900, S. 161 ff.; Oertmann, zu § 343 S. 231 Anm. 3a; Flechtheim, in Gruchots Beiträgen, Bd. 44 S. 67 ff.; Siber, Rechtszwang, S. 150.

[4]) Siber, Rechtszwang, S. 150.

das Gesetz dem Recht auf Herabsetzung der Vertragsstrafe unabhängig von seiner prozessualen Geltendmachung überhaupt keine Wirkung beilegt, während durch jenes Recht der Eintritt des Verzugs nicht ausgeschlossen ist und somit der die Herabsetzung nicht beantragende Schuldner auch vom Richter wegen des unangemessenen Betrags zur Leistung zu verurteilen ist, hat das Bestehen der Einrede eine selbständige Bedeutung und zur Folge, daß sie mit dem Leistungsverweigerungsrecht dem Bürgen eo ipso das Recht gibt auch ohne Geltendmachung der Einrede die Nichtleistung nicht zu vertreten[1]), so daß also Ansprüche aus Verzug gar nicht entstehen können.

Von dieser Geltendmachung des Anspruchs auf Herabsetzung der Vertragsstrafe ist der Fall zu unterscheiden, daß nicht der Gläubiger, sondern umgekehrt der Hauptschuldner die Vertragsstrafe geltend machen kann, die der Gläubiger seinerseits verwirkt hat. Hat der Hauptschuldner einen Anspruch auf die Vertragsstrafe, so kann diesen Anspruch gemäß § 768 auch der Bürge erwerben, er kann ihn einredeweise geltend machen. Dieser übrigens auch vom Reichsgericht[2]) vertretenen Auffassung ist meines Ermessens beizupflichten im Gegensatz zur Ansicht Planks, nach welchem der Anspruch des Hauptschuldners auf eine Vertragsstrafe gegen den Gläubiger keine Einrede gegen die Forderung auf Zahlung der Schuld begründe, sondern nur einen Gegenanspruch, den der Hauptschuldner im Wege der Aufrechnung gegen den Gläubiger geltend zu machen habe. Wie nun, wenn der Schuldner die Erfüllung des Gläubigers angenommen hat, ohne daß er sich gemäß § 341 Abs. 3 die Annahme der Vertragsstrafe ausdrücklich vorbehalten hat? In diesem Falle hat der Bürge kraft Gesetzes das Recht der Vorbehaltserklärung verloren, zumal das Unterlassen dieser zur Erhaltung des Rechts durchaus erforderlichen Handlung keineswegs auf Seiten des Hauptschuldners als Verzicht aufzufassen ist, der Bürge selbst aber nicht im stande ist den Vorbehalt aus § 341 Abs. 3 rechtswirksam zu erklären.[3])

Ein äußerst heftiger Streit ist bezüglich der Frage entbrannt, ob dem Bürgen auch die Wandlungs- und Minde-

[1]) § 285 B.G.B.; cf. Siber, Rechtszwang, S. 142.
[2]) Entscheidung des Reichsgerichts, Bd. 53 S. 357.
[3]) Entscheidung des R.G., Bd. 53 S. 356.

rungseinrede aus der Person des Hauptschuldners zu gewähren ist. Daß der Bürge die vom Hauptschuldner bereits erklärte Wandlung und Minderung im Wege der Einrede seinerseits geltend machen kann, ist bereits oben bei Erörterung der dem Bürgen zustehenden Einwendungen dargelegt worden; sind diese Erklärungen des Hauptschuldners einmal erfolgt, so kann sie der Bürge jederzeit mit zerstörender Kraft geltend machen. Ist jedoch der Bürge auch seinerseits berechtigt an Stelle des Hauptschuldners eine diesem zustehende Wandlung oder Minderung zu erklären? Entgegen der weitaus herrschenden Ansicht hat Staudinger[1]) diese Frage im Hinblick auf § 768 Abs. 1 Satz 1 und zwar nicht bloß für die Wandlungs- und Minderungseinrede aus § 478, sondern überhaupt bezüglich der Einrede des Hauptschuldners auf Grund seines Rechtes zur Wandlung und Minderung ganz entschieden bejaht, er gewährt dem Bürgen ein Leistungsverweigerungsrecht insoweit als der Hauptschuldner seinerseits berechtigt ist die Zahlung des Kaufpreises zu verweigern. Schon die Motive[2]) sind aus triftigsten Gründen gegen eine derartige Auffassung, indem sie erklären, daß der Bürge an Stelle des Hauptschuldners diejenigen Dispositionsakte über den Inhalt der Schuld nicht ausüben könne, welche von der einseitigen Erklärung des Schuldners abhängen, wie Wahl (§§ 262 ff.), Rücktritt (§ 346), Wandlung und Minderung (§§ 462 ff.).

Meines Erachtens würde es entschieden zu weit gehen, wollte man dem Bürgen an Stelle des Hauptschuldners dessen Recht auf Wandlung und Minderung gewähren: der Bürge könnte damit in durchaus unzulässiger Weise eingreifen in das Bestimmungsrecht des Hauptschuldners, er könnte damit Dispositionsakte über das Hauptschuldverhältnis, die lediglich durch die Willenserklärung des Hauptschuldners zu stande kommen und einzig und allein von seiner eigenen einseitigen Erklärung abhängen, seinerseits an Stelle des Hauptschuldners vornehmen, dem es zudem doch durchaus unbenommen bleiben muß die für seine Interessen beste Auswahl unter den ihm vom Gesetz zur Verfügung gestellten Hilfsmitteln gegenüber dem Gläubiger zu treffen. Es würde das ganze Ver-

[1]) Staudinger, zu § 770 Anm. 3 S. 716; ebenso Flechtheim, in Grüchels Beiträgen, Bd. 44 S. 96 ff.

[2]) Motive, Bd. II S. 663; cf. auch Protokolle, Bd. II S. 466.

halten des Bürgen einen Übergriff in die ureigenste Rechtssphäre des Dritten bedeuten,[1]) der vom Standpunkte des B.G.B. aus, daß sich niemand einen Eingriff in seine eigenen Rechte gefallen zu lassen braucht, durchaus zu verwerfen ist. Es ist daher dem Bürgen meines Erachtens durchaus das Recht abzusprechen an Stelle des Hauptschuldners Wandelung oder Minderung zu verlangen oder das Rücktrittsrecht auszuüben.

Ist der Bürge somit auch zur Geltendmachung der Wandelungs- und Minderungseinrede an Stelle des Hauptschuldners selbst nicht befugt, so ist es doch eine andere Frage, ob er nicht doch die Wandelungs- und Minderungseinrede aus § 478 B.G.B. wirksam geltend zu machen im stande ist. Was zunächst die Wandelungseinrede aus § 478 anbelangt, so wird diese ja wohl von Staudinger und Friedenthal[2]) dem Bürgen aus der Person des Hauptschuldners gewährt. Meines Ermessens dürfte sie jedoch, abgesehen von den zum Teil auch hier zutreffenden obigen Erwägungen ebenfalls dem Bürgen zu versagen sein: Das Wesen der Verpflichtung des Bürgen besteht darin die Hauptschuld zu stützen und zu befestigen, die Wandlungseinrede dagegen würde es dem Bürgen gestatten durch ganz willkürlichen Eingriff die Hauptschuld aufzuheben. Des weiteren hat das B.G.B., wenn der Hauptschuldner zur Anfechtung der Hauptverbindlichkeit im stande ist, gemäß § 770 lediglich eine dilatorische Einrede gewährt, es hat somit die Anfechtungseinrede dem Bürgen nicht als eine dauernd ausschließende, sondern nur als eine aufschiebende solange zugebilligt, als sie noch dem Hauptschuldner zusteht: warum sollte man nun dem Bürgen, dem die Anfechtungseinrede des Hauptschuldners nicht zusteht, die dieser Einrede ganz nahe verwandte Wandlungseinrede gewähren, warum sollte man

---

[1]) Vgl. auch Werner, S. 9: Neben dieses mehr theoretische Bedenken tritt aber auch ohne weiteres das praktische, daß der Bürge sowohl durch Anfechtung und Aufrechnung, wie auch durch Vornahme der Wandelung und Minderung nicht immer im Interesse des Hauptschuldners handeln muß.

[2]) Staudinger, zu § 770 Anm. 3 S. 716; Friedenthal, in der jur. Wochenschrift 1908, S. 132; Plank, S. 883 Ziff. 10 zu § 770, verwirft zwar die Geltendmachung der Wandlung und Minderung in Form der Einrede, gewährt jedoch gleichwohl die Einrede aus § 478; vgl. auch Werner, S. 25 ff.

nicht vielmehr die Erwägungen der Denkschrift[1]) und die mit ihr übereinstimmenden Gesetzesvorschriften § 770 Abs. 1 analog auch auf diese Wandlungseinrede aus § 478 anwenden und diese somit dem Bürgen ebenfalls versagen? Nur der Hauptschuldner hat einzig und allein zu entscheiden, ob er von seinem Rechte Gebrauch machen will, dem Bürgen jedoch ist diese Einrede unter keinen Umständen zu gewähren.[2])

Wohl jedoch ist meines Erachtens mit der weitaus herrschenden Meinung dem Bürgen die Minderungseinrede aus § 478 zuzubilligen. Ist sie doch lediglich ein Schutzmittel, das dem Bürgen die Möglichkeit gewähren soll eine entsprechende Herabsetzung seiner Leistung zu ermöglichen. Zudem bedeutet sie gegenüber der Wandlungseinrede nicht ein plus, stellt vielmehr ein minus dar[3]) und schließlich, wenngleich auch die Motive dem Bürgen die Minderungseinrede verweigern wollen, so hat dies doch nirgends im Gesetz weder stillschweigend noch unmittelbar wie hinsichtlich der Wandlungseinrede Ausdruck gefunden, ja der Grundsatz des § 768 B.G.B., sowie der § 474, wonach bei Beteiligung mehrerer jeder die Minderung verlangen kann, steht dem geradezu entgegen. Aus diesen Gründen ist sonach dem Bürgen die Minderungseinrede des § 478 nicht zu versagen.

Wenn demnach auch dem Bürgen die volle Wandlungseinrede nicht zusteht, da der Bürge keineswegs im stande ist an Stelle des Gläubigers die Wandlung vorzunehmen, so ist es doch meines Ermessens nicht unbillig, ihm wenn auch nicht die Wandlungseinrede aus § 478 so doch eine ihr nachgebildete als aufschiebende Einrede zu gewähren, analog der vom Gesetz § 770 ihm hinsichtlich des Anfechtungsrechtes des Hauptschuldners bereits gewährten dilatorischen Einrede.[4]) Auf diese Frage werden wir bei Erörterung der Rechtsbehelfe aus § 770 noch zurückkommen.

Endlich ist noch die Frage zu behandeln, ob dem Bürgen auch die Einrede der Rechtskraft des Urteils zur Seite steht. Ist der Gläubiger mit seiner Klage gegen den Haupt-

[1]) Denkschrift zum Entwurf des B.G.B., S. 98.

[2]) So auch die herrschende Meinung: Dernburg, Bd. II S. 395; Crome, S. 878; Reichsgericht, Bd. 66 S. 334 ff.

[3]) Oertmann, zu § 768 Ziff. 2e S. 943.

[4]) s. Reichel, S. 426.

schuldner rechtskräftig abgewiesen und sieht man in der Einrede der Rechtskraft eine Einrede im materiellrechtlichen Sinn, so beruft sich der Bürge gemäß § 768 B.G.B. mit Fug und Recht auf die Rechtswirkung des zu Gunsten des Hauptschuldners ergangenen Urteils.[1])

Wenngleich auch Hellwig zu demselben Endergebnis kommt, daß er dem Bürgen die Einrede der Rechtskraft zubilligt, so läßt sich doch sein Ergebnis meines Ermessens nicht direkt aus den Bestimmungen des B.G.B. ableiten. Er betrachtet nämlich die Berufung auf die gegenüber dem Hauptschuldner und nur ihm gegenüber bestehende Rechtskraftwirkung nicht als eine Einrede im materiellrechtlichen Sinn, sondern bringt sie unter den Sammelbegriff Einwendungen, er sieht in ihrer Geltendmachung die Erwähnung einer gegen den Anspruch sich richtenden Tatsache. Um aber durch das Gesetz gedeckt zu sein, muß der Bürge eine solche Tatsache als rechtshindernde, rechtsvernichtende oder rechtshemmende Tatsache dem Gläubigeranspruch entgegenhalten.

Wie nun, wenn der Gläubiger mit seiner Klage nicht abgewiesen ist, sondern vielmehr ein obsiegliches Urteil erwirkt hat? In diesem Fall ist der Bürge wenigstens so weit geschützt als der Gläubiger an und für sich ein solches Urteil nicht gegen ihn geltend machen kann, als ein zum Nachteil des Hauptschuldners ergangenes Urteil den Bürgen nicht präjudiziert, da es gemäß § 325 C.P.O., gemäß der subjektiven Rechtskraft des Urteils nur für und gegen die Parteien und diejenigen Personen gilt, die nach dem Eintritt der Rechtshängigkeit Rechtsnachfolger der Parteien geworden sind oder den Besitz der in Streit befangenen Sache in der Weise erlangt haben, daß eine der Parteien oder ihr Rechtsnachfolger mittelbarer Besitzer geworden ist. Zweifellos gehört jedoch der Bürge nicht zu diesen Personen.[2]) Der Bürge kann demnach auch nach der rechtskräftigen Verurteilung des Hauptschuldners der Klage des Gläubigers gegenüber Einreden geltend

[1]) „Für alle diejenigen, welche mit dem Begriff der Einrede als einer materiell richtigen agerieren, kann die Sache natürlich ganz zweifellos sein", Hellwig, S. 31, Wesen und subjektive Begrenzung der Rechtskraft.

[1]) Vgl. Entscheidung des Reichsgerichts, Bd. 56 S. 109 ff.; Westerkamp, S. 456 ff.; Reichel, S. 540.

machen und selbst den Bestand der Schuld bestreiten[1]), nur muß seine Bürgenverpflichtung während der Rechtshängigkeit oder nach Erlaß des Urteils, zum mindesten vor Eintritt der Rechtshängigkeit erfolgt sein, da bei seiner Verpflichtung nach rechtskräftiger Entscheidung eine Präklusion seiner Verteidigungsmittel eintritt.

§ 12.

3. Insbesonders die Rechtsbehelfe aus § 770 B.G.B.

Im schroffen Gegensatz zur Rechtsnatur, zum Rechtsgrund der bisher erwähnten Einwendungen und Einreden, die der Bürge aus seiner eigenen Person und der des Hauptschuldners verwertet, stehen die Bestimmungen des § 770 B.G.B., dieser vollkommenen Neuschöpfung des B.G.B. Wie wir gesehen haben, kann der Bürge die Einreden des Hauptschuldners in der gleichen Form, sei es nun als Einrede oder Einwendung sowie in der gleichen rechtlichen Wirkung wie der Hauptschuldner geltend machen. Hier dagegen, in § 770 handelt es sich nicht um direkte Einreden ex persona tertii, sondern um einen Rechtsschutz *ganz eigentümlicher Art*, der keineswegs mit dem des Hauptschuldners identisch ist, um einen Rechtsschutz, der aus den Beziehungen resultiert, wie sie gewisse Tatsachen auf die Rechtslage des Bürgen ausüben, so namentlich die Tatsache, daß der Schuldner im stande ist seine Verbindlichkeit anzufechten oder daß der Gläubiger seine Befriedigung durch Aufrechnung gegen eine fällige Forderung des Hauptschuldners zu erlangen berechtigt ist. Wie können nun derartige Tatsachen auf die rechtliche Stellung des Bürgen einwirken und ihm seinerseits Gelegenheit geben dem Gläubiger gegenüber hieraus rechtswirksame Rechtsmittel und Rechtsbehelfe geltend zu machen?

Was zunächst die Tatsache anbelangt, daß der Hauptschuldner imstande ist die *Hauptverbindlichkeit anzufechten*, so

[1]) Entscheidung des R.G. in der jur. Wochenschrift 1909, S. 419: „Die Rechtskraft eines auf die Klage des Gläubigers gegen den Hauptschuldner ergangenen Urteils wirkt gegen den Bürgen als solchen nicht; der Bürge kann vielmehr auch noch nach rechtskräftiger Verurteilung des Hauptschuldners der Klage des Gläubigers Einreden geltend machen und selbst den Bestand der Schuld bestreiten. § 767 greift nicht durch und der Grundsatz des § 768 ist nur für, nicht gegen den Bürgen."

ließen sich ja de lege ferenda verschiedene Mittel und Wege denken[1]) um den Bürgen an einer derartigen Erleichterung der Rechtslage des Hauptschuldners, wie sie in der Anfechtbarkeit der Hauptverbindlichkeit besteht, teilnehmen zu lassen.

So vertritt der Entwurf I den Standpunkt, daß das Anfechtungsrecht des Hauptschuldners ein höchst persönliches Recht sei, über das einzig und allein der Hauptschuldner solle disponieren dürfen. Deutlich sprechen dies die Motive[2]) aus: „Wenn der Hauptschuldner eine Einwendung gegen die Forderung des Gläubigers durch einen Willensakt zu erzeugen in der Lage ist wie bei der Anfechtung und Aufrechnung, so ist der Bürge weder befugt jene Willensakte an Stelle des Schuldners vorzunehmen noch sich auf die Anfechtbarkeit oder Kompensabilität vor Abgabe der entscheidenden Erklärung des Schuldners zu berufen". Könnte demnach der Schuldner wegen Betrugs, Zwangs oder Irrtums die Hauptverbindlichkeit anfechten, so wäre das durchaus ohne rechtliche Wirkung auf das zwischen Gläubiger und Bürgen bestehende Rechtsverhältnis. Gegen eine derartige einseitig den Hauptschuldner bevorzugende Auffassung spricht aber vor allem die dem Bürgen äußerst günstig gesinnte Tendenz des B.G.B. den Bürgen teilnehmen zu lassen an den Vorteilen der Rechtslage des Hauptschuldners. Wie sollte sich der Bürge, wenn der Hauptschuldner wider Treu und Glauben von seinem Anfechtungsrecht keinen Gebrauch machen würde, für den ihm aus der Nichtausübung dieses Rechts erwachsenen Nachteil schadlos halten? Es geht nicht an, den Bürgen auf das zwischen ihm und dem Gläubiger bestehende Rechtsverhältnis zu verweisen zum Zweck seiner Schadloshaltung, denn das ganze Vertragsverhältnis zwischen Gläubiger und Bürge ist hiebei in gar keiner Weise berührt, eine Motivierung eventueller Schadloshaltung aus diesem Verhältnis bei Nichtgeltendmachung des Anfechtungsrechts seitens des Hauptschuldners ist daher durchaus unbegründet. Mit Recht hat darum auch die II. Kommission den Standpunkt des I. Entwurfs verworfen.

Die andere der obigen durchaus konträre Auffassung ist die[3]), daß man den Bürgen in Bezug auf den Inhalt der

[1]) Protokolle Bd. II, S. 465.
[2]) Motive Bd. II, S. 663, vgl. auch Werner, S. 10.
[3]) Protokolle Bd. II, S. 465.

Hauptverbindlichkeit dem Hauptschuldner vollkommen gleichstellt, so daß er auch dessen Rechte geltend machen kann: unabhängig von den Launen und chikanösen Gelüsten des Hauptschuldners soll der Bürge dessen Rechte, insbesondere dessen Anfechtungsrecht geltend machen können. So hatte das sächsische und gemeine Recht die Frage gelöst, das B.G.B. jedoch hat von einer derartigen Lösung der Frage Abstand genommen, offenbar aus folgender Erwägung: Durch wirksam erklärte Anfechtung wird das die Schuld begründende Rechtsverhältnis als von Anfang an nichtig angesehen, es wird somit das ganze Schuldverhältnis für beide Teile beseitigt. Würde der Bürge nun die Anfechtung selbst geltend machen können, so hieße das einem ganz außerhalb des Vertragsverhältnisses zwischen Gläubiger und Schuldner stehenden Dritten einen allzu großen Einfluß einräumen, es würde dies auch gegen den Grundsatz verstoßen, daß sich niemand einen Eingriff in seine Rechtssphäre durch einen durchaus unbeteiligten Dritten gefallen zu lassen braucht. Man könnte ja allerdings einwenden, daß doch der Bürge durch Geltendmachung des Anfechtungsrechtes gerade im Interesse des Schuldners handle, jedoch ist dieser Einwand durchaus problematisch: kann es doch unter Umständen dem Hauptschuldner viel willkommener sein, wenn er auf das Anfechtungsrecht verzichtet und das Schuldverhältnis bestehen läßt. Dies könnte z. B. dann der Fall sein, wenn der Hauptschuldner gemäß § 119 angefochten hat; er hätte dann nach § 122 unter Umständen den Schaden zu ersetzen, den der auf die Giltigkeit der Erklärung Vertrauende etwa durch aufgewendete Reisekosten ꝛc. erleidet.

Auch dieser Standpunkt ist demnach völlig unhaltbar. Es galt somit einen Mittelweg einzuschlagen, der die beiden einander durchaus konträren Anschauungen versöhnen sollte. Diesen Mittelweg hat das B.G.B. gefunden und in der Bestimmung des § 770 zum Ausdruck gebracht.

§ 770[1]) B.G.B. bestimmt: Aus der Anfechtbarkeit der Hauptforderung durch den Hauptschuldner erwächst für die Person des Bürgen das Recht die ihm nach dem Bürgschaftsvertrag obliegende Leistung zu verweigern. Der Zustand der Anfechtbarkeit ist dem-

[1]) § 770 Abs. I: „Der Bürge kann die Befriedigung des Gläubigers verweigern, solange dem Hauptschuldner das Recht zusteht, das seiner Verbindlichkeit zu Grunde liegende Rechtsgeschäft anzufechten".

nach bezüglich des Rechtsverhältnisses zwischen Gläubiger und Bürgen nicht ein absolut wirkungsloser mehr, erzeugt vielmehr — entgegen der Auffassung der Motive — Rechtswirkung, indem er dem Bürgen allerdings nicht eine ausschließende, wohl aber eine dilatorische Einrede in der Form des Leistungsverweigerungsrechtes gewährt; nur dann verliert der Bürge diese Einrede, wenn ihre causa hinfällig wird, sei es daß der Hauptschuldner das Anfechtungsrecht durch Fristablauf (§§ 121, 124) oder infolge Bestätigung verliert (§ 144). Welch eminenter Unterschied zwischen den beiden Rechten, dem Anfechtungsrecht des Hauptschuldners und dem Leistungsverweigerungsrecht des Bürgen, besteht, zeigt sich deutlich in der Wirkung, die die außergerichtliche Geltendmachung dieser Rechte auf die jeweilige Rechtslage des Bürgen hat.

Macht der Hauptschuldner außerhalb des Prozesses von seinem Anfechtungsrecht Gebrauch, so erlischt eo ipso das ganze Schuldverhältnis[1]) und der Hauptschuldner hat von diesem Augenblick an gegenüber dem Gläubigeranspruch im Prozeß die Einwendung der bereits erfolgten Anfechtung, eine Einwendung, die gemäß § 767 — der Bürge ist, da die Bürgschaftsschuld vollständig erloschen ist, nunmehr frei — auch dem Bürgen zusteht. Hat der Richter von der Tatsache der erfolgten Anfechtung prozeßgemäße Kenntnis erlangt, so muß er von Amtswegen den Gläubigeranspruch abweisen; wäre der Gläubiger allein erschienen und würde er in seinem Antrag auf Versäumnisurteil diese Tatsache erwähnen, so könnte seinem Antrag keinesfalls stattgegeben werden.

Hat dagegen der Bürge außergerichtlich sein Leistungsverweigerungsrecht gemäß der dilatorischen Einrede aus § 770 geltend gemacht, so ist dies für seine spätere Stellung im Prozeß durchaus irrevelant: sein Verurteilung kann er nur verhindern durch Wiederholung seines Leistungsverweigerungsrechts in der mündlichen Verhandlung. Im Gegensatz zum obigen Ergebnis würde auch in diesem Fall der allein erschienene Gläubiger, auch wenn er den Richter ausdrücklich auf die außergerichtliche Geltendmachung der dilatorischen Einrede hinweist, mit seinem Antrag auf Erlassung eines Versäumnisurteils durchdringen.

[1]) § 142 B.G.B.

Wie nun, wenn der Hauptschuldner sein Anfechtungsrecht nicht geltend macht und der Bürge leistet ohne Kenntnis seines Leistungsverweigerungsrechts? Der Anspruch aus ungerechtfertigter Bereicherung, die condictio indebiti aus § 813, ist wegen des dilatorischen Charakters der Einrede ausgeschlossen („dauernd" in § 813, während in § 770 nur von einer aufschiebenden Einrede gesprochen wird).

Hat dagegen der Bürge nach erfolgter Anfechtung geleistet, so hat er eine Nichtschuld erfüllt und kann daher das Geleistete mit der condictio ob causam finitam nach § 812 Abs. 2 zurückfordern.[1])

Es ist denkbar, daß sich der Bürge gerade aus dem Grunde verbürgt um die eben durch die Anfechtbarkeit in ihrem Bestand aufs Äußerste bedrohte Hauptschuld zu stützen; wenn je der Hauptschuldner anfechten sollte, so würde sein Einstehen immer noch die genügende Garantie für die Erfüllung der Schuld bieten. Kann diese Absicht der Bürgschaftserklärung unterschoben werden, so wird man hierin mit Recht einen Verzicht auf die Einrede aus § 770 Abs. 1 erblicken können: es bestände dann eben eine durch nichts zu erschütternde Bürgschaftsverbindlichkeit.[2])

Entgegen der Ansicht Oertmanns ist meines Erachtens diese Rechtslage mit dem accessorischen Prinzip wohl vereinbar; denn durch die Anfechtbarkeit wird zunächst am giltigen Bestand der Hauptverbindlichkeit gar nichts geändert. Solange also der Hauptschuldner von dem Anfechtungsrecht keinen Gebrauch macht, kann der Gläubiger den Bürgen aus der Bürgschaft belangen und der Einrede des Bürgen aus § 770 Abs. hält der Gläubiger wirksam die Replik entgegen der Bürge habe auf Geltendmachung dieser Einrede verzichtet.

Anders ist natürlich zu entscheiden, wenn nach Abschluß des Bürgschaftsvertrags, in welchem der Bürge auf die Einrede verzichtet hatte, die Hauptschuld angefochten wird. Dann wird das Rechtsgeschäft von Anfang an nichtig, es existiert gar keine Schuld, die einer Sicherung bedurft hätte. Es kann damit auch nach dem accessorischen Prinzip gar nicht mehr eine giltige Bürgschaftsver-

[1]) Oertmann, Ziff. 3 zu § 770 S. 947 und die dort angegebene Literatur.

[2]) Staudinger, Ziff. 2 zu § 770 S. 716; Protokolle, Bd. II S. 466.

bindlichkeit vorliegen. Jedoch wird in einem solchen Fall, wo der Bürge auf die Einrede aus § 770 Abs. 1 verzichtet hatte, eine Haftung aus Schuldversprechen, Schuldanerkenntnis ꝛc. leicht zu konstruieren sein und es könnte somit der Bürge trotz der Geltendmachung seines Leistungsverweigerungsrechts verurteilt werden.

Läßt sich endlich aus dem unleugbaren Willen des Hauptschuldners schließen, daß er eben durch Stellung des Bürgen die an sich anfechtbare Hauptschuld geradezu bestätigen wollte, so ist auch in diesem Falle der Anspruch des Gläubigers nicht mit der Einrede aus § 770 behaftet, selbst wenn der Bürge bei Eingehung seiner Verbindlichkeit auf die Anfechtbarkeit der Hauptschuld mit den sich für ihn daraus ergebenden Konsequenzen gerechnet hätte.

So wirkt demnach die Tatsache, daß der Hauptschuldner gegenüber dem Gläubigeranspruch zur Anfechtung berechtigt ist, rechtswirksam auch auf die Rechtslage des Bürgen. Ebenso verhält es sich bei der Tatsache, daß der Gläubiger in der Lage ist sich durch Aufrechnung gegen eine fällige Forderung des Hauptschuldners zu befriedigen (§ 770 Abs. 2).

Ähnlich wie beim Anfechtungsrecht des Schuldners haben auch hier die Motive[1]) den Standpunkt vertreten, daß der Bürge nicht an Stelle des Hauptschuldners die Kompensationseinrede geltend machen oder sich vor Abgabe der entscheidenden Erklärung auf dieselbe berufen könne. Gegen diese Auffassung hat dann Lippmann[2]) energisch Stellung genommen, indem er die Forderung aufstellt, daß die Aufrechnungslage dem Bürgen, falls er vom Gläubiger verklagt werde, irgendwie zu statten kommen müsse; allerdings solle der Bürge nicht über ein selbständiges Kompensationsrecht an Stelle des Hauptschuldners verfügen[3]), so daß es ihm gestattet wäre mit einer Forderung des Hauptschuldners an den Gläubiger selbständig aufzurechnen, sondern es solle ihm gemäß der Entwicklung im römischen und gemeinen Recht lediglich ein ius retinendi ex compensatione zustehen, wonach er die Zahlung verweigern könne, solange sich der Gläubiger durch Aufrechnung befriedigen könne. Trotz des lebhaften Widerspruchs

[1]) Motive, Bd. II S. 663.

[2]) Lippmann: Zur Lehre von der Kompensation in Iherings Jahrb., Bd. 32 S. 224 ff.

[3]) Vgl. Kohler, Zeitschrift f. Zivilprozeß, Bd. 20 S. 1 ff.

Kohlers[1]) hat sich die II. Kommission dieser Anschauung Lippmanns angeschlossen und dem Entwurf II den Abs. 2 § 770 eingefügt: „Die gleiche Befugnis hat der Bürge, solange sich der Gläubiger durch Aufrechnung gegen eine fällige Forderung des Hauptschuldners befriedigen kann."

„Nicht aus irgendwelchen Erwägungen über das Wesen der Aufrechnung" ist diese Bestimmung hervorgegangen, wie Kohlers[2]) hartes Urteil annimmt, sondern aus dem Wesen der Bürgschaft selbst, sie ist eine Konsequenz des Gedankens, daß die Bürgschaft dem Gläubiger doch nur Sicherheit gewähren soll, die der Gläubiger ohnehin in seiner Kompensationsmöglichkeit besitzt.[3]) Erst dann, wenn sich der Gläubiger im Weg der Kompensation befriedigt hat und es steht ihm kein anderer Ausweg mehr offen die restige Leistung seitens des Hauptschuldners zu erhalten, erst dann soll auch der Bürge herangezogen werden. Solange aber der Gläubiger noch die Möglichkeit hat zu kompensieren, soll der Bürge nicht ohne weiteres dem Gläubigeranspruch gegenüber haftbar sein, sondern ihm vielmehr wirksam die dilatorische Einrede aus § 770 II entgegensetzen können.

Das ist somit zweifellos der Fall, wenn der Gläubiger gemäß dem Wortlaut des Textes zur Aufrechnung berechtigt ist. Eine andere Frage ist es jedoch, ob der Bürge diese dilatorische Einrede auch geltend machen kann, wenn der Hauptschuldner zur Aufrechnung berechtigt ist.

Die Regel wird ja wohl der Fall bilden, daß die beiden Forderungen sich zur Aufrechnung qualifizieren, dann ist der Bürge durch § 770 Abs. II gedeckt; es kann ihm durchaus gleichgültig sein, ob er sein Leistungsverweigerungsrecht aus dem Recht des Hauptschuldners oder des Gläubigers herleitet.

Wie nun aber, wenn nur der Hauptschuldner, nicht dagegen der Gläubiger kompensationsberechtigt ist? Fälle dieser Art können leicht vorkommen, so wenn die Gegenforderung des Hauptschuldners aus einer unerlaubten Handlung des Gläubigers entstanden ist (§ 393 B.G.B.) oder wenn die Gegenforderung

[1]) Kohler, Bd. 20 S. 74.

[2]) Kohler, a. a. O., Bd. 24 S. 13: „sie gehört nicht zu den Ruhmestiteln unseres Gesetzbuches!"

[3]) Eck, Vorträge über das B.G.B. 1902.

unpfändbar ist. Steht in diesen Fällen dem Bürgen auch die dilatorische Einrede aus § 770 II zu?

Cosack und Oertmann[1]) sind in diesen Fällen früher so weit gegangen, den Bürgen, wenn der Hauptschuldner zur Aufrechnung berechtigt war, selbst die Kompensation an Stelle des Hauptschuldners vornehmen zu lassen, ja Fischer[1]) hält es geradezu für eine Forderung der Billigkeit, daß der Bürge direkt kompensieren könne, da es besser sei non solvere quam solutum repetere. Jedoch ist gegen eine derartige Auffassung geltend zu machen, daß hier die Analogie aus § 768 Satz I keineswegs Platz greift, da die Aufrechenbarkeit keine Einrede darstellt. Ähnlich wie die Anfechtung würde zudem die Aufrechnung, die die gegenüberstehenden Ansprüche mit zerstörender Wirkung beseitigt, dem Bürgen eine allzugroße Gewalt über lediglich dem Hauptschuldner zustehende Rechtsmittel einräumen, was jedoch nach den oben bereits angeführten Grundsätzen durchaus unstatthaft ist. Dem Bürgen ist es demnach in solchen Fällen durchaus versagt an Stelle des Hauptschuldners dessen Kompensationsrecht geltend zu machen.

Kann jedoch in diesen Fällen, wo einzig und allein der Hauptschuldner kompensationsberechtigt ist, der Bürge ebenfalls die dilatorische Einrede des § 770 II dem Gläubiger gegenüber verwerten? Die herrschende Meinung[2]) hat diese Frage verneint und gewährt somit dem Bürgen in diesem Falle keinerlei Befugnis dem Gläubiger gegenüber. Auch Oertmann und Cosack haben nunmehr ihre frühere Ansicht, daß dem Bürgen in diesem Fall die aufschiebende Einrede aus § 770 II zustehe, fallen lassen.

Allerdings sind die Gründe der herrschenden Meinung nicht alle durchaus einwandfrei. Wenn z. B. Staudinger[3]) meint,

---

[1]) Cosack, 1. Aufl. S. 566; Oertmann, 1. Aufl.; Fischer-Becker, „Beiträge", Heft 6 S. 116.

Wenn demnach auch Oertmann dem Bürgen die Einrede gewährt hat, so gründet sich seine Anschauung auf eine absichtliche ungewöhnliche Ausdehnung des technischen Begriffes Einrede.

[2]) Matthiaß, S. 664; Westerkamp, S. 421.

[3]) Staudinger, Ziff. 1b zu § 770 S. 715; ebenso Friedensburg, a. a. O., S. 5.

daß eine derartige Auffassung „schon gegen den klaren Wortlaut[1]) des Gesetzes spreche", so ist das allerdings durchaus kein schwerwiegendes Argument um dem Bürgen die dilatorische Einrede aus § 770 II versagen zu können. Denn wie selbst von Anhängern der herrschenden Meinung zugegeben wird, läßt sich in diesem Fall der Gesetzestext durch eine statthafte freiere Auffassung unschwer überwinden. Allerdings würde es bei dieser Auslegung des Gesetzestextes andererseits wieder zu weit gehen, wollte man wie Weismann[2]) behaupten, daß der Bürge die Einrede aus § 770 II nur dann habe, wenn dem Hauptschuldner die Aufrechnungsbefugnis zustehe, also — ganz entgegen dem Wortlaut des Gesetzes — dann nicht, wenn zwar der Gläubiger gegen die Forderung des Hauptschuldners, der Hauptschuldner aber nicht gegen die des Gläubigers aufrechnen könne.

Mehr Beifall als der lediglich auf der Unzulässigkeit der Gesetzesauslegung basierenden Argumentation Staudingers ist meines Ermessens der Ansicht Oertmanns[3]) zu zollen: „aus innern Gründen" sei dem Bürgen diese Einrede versagt. Es fehle in einem solchen Falle, wo nur der Schuldner zur Aufrechnung berechtigt ist, dem Gläubiger jede Möglichkeit die Aufrechnungslage von sich aus zum Abschluß zu bringen: er würde zunächst genötigt sein den Schuldner zu verklagen mit der sicheren Aussicht den Prozeß auf Grund des Aufrechnungseinwandes zu verlieren.

Gegen diese herrschende Auffassung sind verschiedene Autoren aufgetreten, welche dem Bürgen in diesem Fall die dilatorische Einrede aus § 770 II gewähren. Nicht gerade glücklich ist allerdings die Argumentation Kipps,[4]) nach dessen Ansicht es aus dem Umstand der Fälligkeit der Forderung des Hauptschuldners hervorgehen müsse, daß es in Wahrheit doch das Aufrechnungsrecht des Hauptschuldners sei, auf dessen Existenz sich der Bürge berufe. Kipp kommt zu dieser Ansicht offenbar durch die Protokolle,[5]) welche daran festhalten, daß der Bürge sich nur auf ein Verhält-

[1]) Friedensburg, S. 5: „auf den im B.G.B. so viel Sorgfalt verwendet worden ist"(!)

[2]) Weismann, Zeitschrift f. Zivilprozeß, Bd. 26 S. 41 ff.

[3]) Oertmann, S. 947 Ziff. 4b zu § 770.

[4]) Kipp-Windscheid, II, S. 477.

[5]) Protokolle, II, S. 471.

nis solle berufen dürfen, welches der Hauptschuldner geltend machen könne. Jedoch ist es meines Ermessens durchaus unverständlich hieraus — von der Fälligkeit der Gegenforderung des Hauptschuldners — die dilatorische Einrede des Bürgen abhängig zu machen.

Wohl ist dagegen meines Erachtens Dernburg[1]) beizupflichten und ihm gegenüber der herrschenden Meinung der Vorzug zu gewähren: es sei als in der Absicht des Gesetzes liegend zu erachten, daß die Einrede auch dem Bürgen zustehe, wenn nur der Hauptschuldner zur Aufrechnung berechtigt ist. Diese Ansicht Dernburgs ist keineswegs eine „leere Hypothese[2])" gegenüber dem klaren Wortlaut des Gesetzes, sondern beruht meines Ermessens auf folgender Erwägung: der Abs. 2 des § 770 deckt sich nicht mit dem ganzen Zweck des Gesetzes. Während Abs. 2 vom Standpunkt der Befriedigungsbefugnis des Gläubigers, nicht dagegen von dem der Befreiungsbefugnis des Hauptschuldners aus die Frage geregelt wissen will, ist es offenbar doch der Zweck des Gesetzes dem Bürgen eine aufschiebende Einrede solange zu gewähren, bis die Aufrechnung, die dem Schuldner zusteht und an der dieser, nicht etwa der Gläubiger, ein Interesse hat,[3]) durch Aufrechnung seitens des Schuldners erfolgt. Diesem Zweck entsprechend muß das Gesetz ausgelegt werden. Wenn dem Hauptschuldner allein das Recht zusteht aufzurechnen, so ist dadurch seine Rechtslage erleichtert: warum sollte man nun, entsprechend der sonst dem Bürgen so günstig gesinnten Tendenz des Gesetzes den Bürgen nicht an den Vorteilen der Rechtslage des Hauptschuldners teilnehmen lassen, eine Tendenz, die sich aus den umfangreichen Schutzbestimmungen ergibt, die für den Bürgen vom B.G.B. aufgestellt sind?

Aus diesen Erwägungen ist auch die etwas scharfe Kritik zu verstehen, die bereits gegenüber der herrschenden Meinung geübt worden ist. So ist behauptet worden, es sei die von der herrschenden Meinung gezogene Folgerung, daß dem Bürgen die Einrede aus § 770 II zu versagen sei, im höchsten Grade unbillig

[1]) Dernburg, § 287 Anm. 14.

[2]) Vgl. Friedensburg, a. a. O., S. 5

[3]) Schaffeld im Kommentar zum B.G.B. von Reichsgerichtsräten, zu § 770, Ziff. 3, S. 582.

und könne nicht anerkannt[1]) werden. Ist auch diese Kritik etwas allzuscharf, so ist doch meines Erachtens — entgegen den inneren Gründen Oertmanns — zu betonen, daß die Auffassung der herrschenden Meinung, namentlich was die rechtliche Stellung des Bürgen anbelangt, durchaus unbefriedigend ist, da sie dem Bürgen das Recht des Hauptschuldners die Hauptschuld durch seine Aufrechnungsbefugnis zu beseitigen in keiner irgendwie gearteten Form als Verteidigungsmittel zu statten kommen lassen würde. Es haben eben meines Erachtens die Worte des Gesetzes § 770 II nur deklaratorische Bedeutung. Man wird darum entgegen der herrschenden Meinung meines Erachtens trotz der engen Fassung des § 770 II dem Bürgen dennoch das Recht geben müssen auch in diesem Falle die dilatorische Einrede geltend zu machen.

Wie nun, wenn der Bürge vor der Aufrechnungserklärung den Gläubiger befriedigt hat? Der Bereicherungsanspruch aus § 813 B.G.B. steht ihm in diesem Falle nicht zu, da er ja den Gläubiger wegen einer an sich rechtmäßigen Forderung befriedigt und diese Forderung somit getilgt hat. Auch könnte, wenn nur der Hauptschuldner aufrechnungsberechtigt ist, dieser nicht noch nachträglich kompensieren, da infolge der Zahlung des Bürgen gar keine Forderung mehr da ist, gegen die aufgerechnet werden könnte.

Anders ist natürlich zu entscheiden, wenn der Bürge nach erfolgter Aufrechnung seitens des Hauptschuldners Zahlung geleistet hat. Denn die Forderung war nunmehr erloschen, es steht somit auch dem Bürgen das Recht aus § 812 Abs. II zu.[2])

Daß dem Bürgen, während ihm die Minderungseinrede aus § 478 selbst zu gewähren ist,[3]) eine dem § 770 analoge aufschiebende Wandlungseinrede aus § 770 zuzubilligen ist, haben wir oben bereits erwähnt: es wäre meines Erachtens überhaupt am besten gewesen, wenn die II. Kommission die Änderungen des I. Entwurfs auf alle dort genannten Rechtsbehelfe, wie Wandelung, Minderung, Rücktrittsrecht ausgedehnt hätte. In gleicher Weise wird man ferner dem Bürgen eine dilatorische Einrede gewähren, wenn es sich handelt um den Fall eines zu

[1]) Dernburg, Bd. II § 287 Anm. 14.

[2]) Ebenso Motive II, S. 109; Plank Anm. 3 zu § 389; Siber a. a. O., S. 133; Eck Vorträge, S. 378.

[3]) Entscheidung des Reichsgerichts, Bd. 66, S. 332.

erwartenden Antrags auf Ermäßigung der Vertragsstrafe nach § 343, ferner wenn der Vorbehalt einer dem Schuldner seitens des Gläubigers zu zahlenden Vertragsstrafe nach § 341 Abs. III in Frage kommt, sowie endlich bei dem Wahlrecht des Hauptschuldners auf alternative Verpflichtungen nach §§ 262, 263,[1]) jedoch nur, wenn auf eine der mehreren Leistungen geklagt ist.

III. Die dem Bürgen zustehenden Rechtswohltaten, insbesondere die Einrede der Vorausklage.

§ 13.

1. Das beneficium divisionis.

Abgesehen von all den bisher erörterten Einreden im weiteren Sinn sind endlich dem Bürgen mit Rücksicht auf seine gefährdete Stellung dank der eigenartigen Struktur des Bürgschaftsverhältnis gewisse Rechtswohltaten verliehen, sog. beneficia, aus denen er gleichfalls Einreden herzuleiten vermag.

Beseitigt allerdings ist im B.G.B. das beneficium divisionis des gemeinen Rechts, wonach die für dieselbe Schuld eingetretenen confideiussores und commandatores zwar an und für sich solidarisch, also jeder auf das Ganze haftete; es konnte jedoch jeder der Bürgen Teilung der Klage unter die sämtlichen zur Zeit ihrer Erhebung zahlungsfähigen Bürgen verlangen. Der belangte Bürge konnte somit eine Teilung der Haftung herbeiführen durch eine Einrede, die dahin ging, daß der Gläubiger gleichmäßig auch die übrigen Bürgen, soweit sie zur Zahlung fähig sind, in Anspruch nehme.[1]) Die Voraussetzungen dieser Einrede hat der belangte Bürge zu beweisen: durch den Beweis der Zahlungsfähigkeit der Mitbürgen erlangte der an und für sich auf das Ganze haftende Bürge Haftung nur nach seinem

[1]) Schaffeld: B.G.B., Kommentar von Reichsgerichtsräten zu § 770, Ziff. 4, S. 582; Pringsheim, das Recht des Bürgen zur Bestimmung und Wahl, Gruchots Beiträge, Bd. 53 S. 13—18.

[1]) Windscheid, § 479.

Kopfteil, zu berechnen nach der Zahl der zur Zeit der litis contestatio gegen den belangten Bürgen erwiesenermaßen solventen und gegenwärtigen Mitbürgen. Die Verbindlichkeit der mehreren Bürgen in solidum wurde hiedurch in eine solche pro parte verwandelt, der Bürge erlangte somit Klagabweisung hinsichtlich der Teile der Mitbürgen.

Im B.G.B. fehlt diese Einrede der Teilung vollständig: die mehreren Bürgen haften als Gesamtschuldner, auch wenn sie die Bürgschaft gemeinschaftlich übernommen haben. Der Regreß unter den mehreren Bürgen ist durch § 426 Abs. II B.G.B. gewährleistet.

§ 14.

2. Das beneficium cedendarum actionum.

Ist somit das beneficium divisionis im B.G.B. ganz beseitigt worden, so besteht doch auch das beneficium cedendarum actionum nicht mehr in seiner früheren Gestalt, sondern ist wesentlich umgewandelt worden.

Im gemeinen Recht hatte der Bürge die Befugnis die Leistung zu verweigern, bis der Gläubiger ihm seine Forderung gegen den Hauptschuldner mit allen ihren Nebenrechten abgetreten hatte: einer Inanspruchnahme seitens des Gläubigers, der zur Abtretung seines Klagsanspruches gegen den Hauptschuldner sich nicht bereit fand, konnte der Bürge die exceptio cedendarum actionum entgegensetzen, die ihrem Wesen nach sich als eine gewöhnliche exceptio doli charakterisiert. Der Gläubiger hatte demnach den Anspruch, wie er ihm zur Zeit gegen den Hauptschuldner zustand, an den Bürgen abzutreten.

Das B.G.B. hat die Stellung des Bürgen gegenüber dem gemeinen Recht dadurch *verbessert*, daß es an die Stelle der Rechtswohltat den kraft Gesetzes § 774 B.G.B. unmittelbar eintretenden Übergang der Rechte des Gläubigers auf den Bürgen gesetzt hat, es hat somit das beneficium cedendarum actionum zum ipso iure Eintritt des Bürgen in die Rechte des befriedigten Gläubigers ausgestaltet: Soweit der Bürge den Gläubiger befriedigt, geht die Forderung des Gläubigers gegen den Hauptschuldner auf ihn über. Demnach statt eines obligatorischen Rechtes

auf Abtretung nunmehr ein transitus legalis, ein unmittelbarer Eintritt des Bürgen kraft cessio legis in die Rechte des befriedigten Gläubigers!

Allerdings unterliegt dieser gesetzliche Eintritt gewissen Beschränkungen; so ist durch die Bestimmung, daß der Übergang der Forderung nicht zum Nachteil des Gläubigers geltend gemacht werden könne (§ 774 Abs. I Satz 2), das Gesetz der notwendigen Rücksichtnahme auf den Gläubiger gerecht geworden. Der Hauptschuldner kann ferner dem mit der Klage des befriedigten Gläubigers gegen ihn auftretenden Bürgen alle Einwendungen entgegensetzen, welche ihm aus dem zwischen ihm und dem Bürgen bestehenden Rechtsverhältnis zustehen (§ 774 Abs. I Satz 3). Wenn schließlich ein Mitbürge den Gläubiger befriedigt, so erwirbt er zwar die Forderung mit Berichtigung der Bürgschaftsverbindlichkeit, er kann jedoch gemäß § 774 Abs. II dieses Bürgschaftsrecht nur insoweit gegen seine Mitbürgen geltend machen, als ihm ein Regreß gegen dieselben zusteht.

Nach dieser Umwandlung, die somit das beneficium cedendarum actionum im heutigen Recht erhalten hat, läßt sich schwerlich noch dieser Begriff im heutigen Recht aufrecht erhalten, an die Stelle der Rechtswohltat ist etwas ganz anderes getreten, der gesetzliche Eintritt in die Rechte des befriedigten Gläubigers.

3. Die Einrede der Vorausklage.

Zweifellos eine Rechtswohltat ist jedoch dem Bürgen erhalten geblieben, aus der er auch heute noch ebenso wie im gemeinen Recht eine Einrede herzuleiten vermag, — die *Rechtswohltat der Einrede der Vorausklage*, das frühere beneficium excussionis seu ordinis.

Der Rechtsgrund dieser Einrede ist das Prinzip der *Subsidiarität* der Bürgschaft; zwar ist diese Subsidiarität kein Begriffsmerkmal der Bürgschaft, wie es die Accessorietät ist, denn sie kann ja durch Parteiwillen — was bei der Accessorietät keinesfalls möglich ist —, ausgeschlossen werden, jedoch ist sie zweifellos ein Kennzeichen der Bürgschaft und besagt, daß der vom Gläubiger in Anspruch genommene Bürge diese Inanspruchnahme davon abhängig zu machen im stande ist, daß der Gläubiger seine Befriedigung nicht vom Hauptschuldner erlangen konnte, daß zunächst

also immer primär der Hauptschuldner und erst dann, wenn die Zwangsvollstreckung gegen diesen erfolglos versucht worden ist, wenn also nichts bei ihm zu haben ist, als sekundär Verpflichteter der Bürge zu haften hat.

§ 15.

a. im gemeinen Recht.

Nicht immer ist diese Auffassung von der Rechtswohltat der Einrede der Vorausklage dieselbe gewesen.

Der altrömischen Denkart hatte es entsprochen den Hauptschuldner und Bürgen gleichmäßig sub eisdem condicionibus haften zu lassen, es somit durchaus in das Belieben des Gläubigers zu stellen, ob er sich zum Zweck seiner Befriedigung an den Schuldner oder an den Bürgen halten wollte. Es wäre somit bei dem geltenden Grundsatz der Klagenkonsumption dem Gläubiger die Möglichkeit genommen gewesen nach Verklagung des Schuldners den Bürgen zu belangen; der Zweck der Bürgschaft wäre in diesem Fall durchaus hinfällig gewesen, hätte das Gesetz dem Gläubiger auferlegt vor dem Bürgen den Schuldner zu verklagen. Allerdings ging auch schon zu jener Zeit die Tendenz des Bürgschaftsrechts auf subsidiäre Haftung des Bürgen: es wurde nämlich vielfach durch Vereinbarung zwischen Gläubiger und Bürgen ersterem die Pflicht auferlegt zunächst Befriedigung beim Schuldner zu suchen, wobei allerdings wegen des Satzes ne bis in idem durch die litis contestatio des Gläubigers mit dem Schuldner der Bürge von seiner Haftung frei wurde.

Diesem Drang nach subsidiärer Haftung konnte erst dann gesetzlich stattgegeben werden, nachdem die konsumierende Kraft der litiscontestatio — ein für den Gläubiger höchst bedenklicher Umstand — für die passive Korrealobligation beseitigt war. Das geschah denn auch durch Nov. 4 Kap. 1.[1]) Hiemit traf Justinian eine tiefgreifende Änderung der bisherigen Rechtslage des Bürgen, indem er diesem das beneficium excussionis seu

[1]) vgl. auch l. 28 C. 8,40: Generaliter sancimus, quemadmodum in mandatoribus statutum est, ut contestatione contra unum ex his facta alter non liberetur, ita et in fideiussoribus observari.

ordinis verlieh: der Gläubiger muß zuerst den Hauptschuldner ausklagen und kann erst im Fall seiner Nichtbefriedigung den Ausfall vom Bürgen beitreiben.

Diese Norm entsprang der Erwägung, daß der Bürge, der meistens aus Freundschaft, aus bloßer Gefälligkeit für eine fremde Schuld eintritt, in höherem Maße den Schutz des Gesetzes verdient. Allerdings ist nicht zu leugnen, daß hiebei das Recht des Gläubigers stark geschmälert wurde: der Gläubiger, der früher die Wahl hatte den Schuldner oder statt dessen seinen vielleicht mehr oder minder besser situierten Bürgen zur Erfüllung der Verbindlichkeit heranzuziehen, hatte nunmehr damit zu rechnen, daß er vom Bürgen, an den er sich zuerst gewendet hatte, an den Schuldner verwiesen wurde. Es leuchtet ohne weiteres ein, daß hiemit allerdings der Zweck der Bürgschaft wesentlich hinfällig und verkümmert wird, namentlich dann, wenn eben die günstigen Vermögensverhältnisse des Bürgen für den Gläubiger die Veranlassung waren dem Schuldner Kredit zu gewähren.

b. im B.G.B.

Dieser Beeinträchtigung der Rechtslage des Gläubigers war man sich wohl bewußt als es galt bei Neuregelung des Bürgschaftsverhältnisses im B.G.B. auch das Institut der Einrede der Vorausklage den modernen Bestimmungen anzupassen. Deutlich zeigen dies die vielen mitunter mehr oder minder scharfen Stimmen, die gegen die Beibehaltung dieses Rechtsbehelfes in der Form der vorherigen Ausklagung des Hauptschuldners laut wurden. Besonders war es Unger,[1]) der lebhaft gegen die Beibehaltung der Einrede der Vorausklage im Entwurf I protestierte. Nach seiner Ansicht genügte es, wenn man es an einer bloßen gerichtlichen oder außergerichtlichen Mahnung — eine Regelung, wie sie auch im österreichischen Gesetzbuch durchgeführt worden ist — an

[1]) Unger, in Iherings Jahrbuch Bd. 29; vgl. auch Regeniter a. a. O. S. 58; Kohler, Lehrbuch des bürgerl. Rechts II, S. 419: „Die Einrede der Vorausklage ist ein Erzeugnis des Orients, in byzantinischer Zeit in das römische Recht übergegangen und aus ödem Erhaltungstrieb (!) in unsere Zeit hineingeschleppt. Dieses Mißerzeugnis entstammt einer Periode der wirtschaftlichen Mattigkeit . . ." Fürwahr ein hartes Urteil de lege ferenda!

den Schuldner bewenden ließ. Keineswegs aber entspreche das sozialpolitische Experiment Justinians mehr dem deutschen Recht. Das Bürgschaftsversprechen sei ja allerdings dahin auszulegen, daß der Bürge nur für den Fall einzustehen habe, wenn der Hauptschuldner seiner Verbindlichkeit nicht nachkomme, da er begrifflich und von vornherein Nachschuldner sei; die Bedingung aber, daß der Hauptschuldner seiner Verbindlichkeit nicht nachkomme, sei nicht erst dann als erfüllt anzusehen, wenn der Gläubiger den Schuldner erfolglos ausgeklagt, sondern schon dann, wenn er ihn zur Erfüllung aufgefordert habe. Auch sei gerade im modernen Rechtsleben der Verzicht auf die Einrede der Vorausklage zur Regel geworden; die Versagung des Rechtsbehelfes würde sich ferner als ein Mittel empfehlen um dem leichtsinnigen Verbürgen zu steuern und endlich hätte die Rechtssicherheit unter der Verschiedenheit des bürgerlichen Rechts und des Handelsrechts zu leiden.

Ein der Ansicht Ungers entsprechender und mit dem österreichischen Gesetzbuch übereinstimmender Antrag wurde jedoch bei den Beratungen der I. Kommission abgelehnt[1]) und es wurde die Einrede der Vorausklage in das B.G.B. aufgenommen. Gegenüber der Ansicht Ungers haben diese Aufnahme des Rechtsbehelfes die Motive[2]) zur Genüge gerechtfertigt, wenn sie erklären: „Der Entwurf würde mit der Versagung des Rechtsbehelfs eine schwerwiegende Neuerung unternehmen, obwohl und trotzdem aus dem geschilderten Stand der Gesetzgebung mit Sicherheit zu entnehmen ist, daß im Verkehr der Gedanke sich eingebürgert hat, der Bürge sei erst dann in Anspruch zu nehmen, wenn die Rechtsverfolgung gegen den Hauptschuldner versagt habe. Es wäre überaus gewagt mit dieser den Verkehr beherrschenden Auffassung sich in Widerspruch zu setzen. Es würden daraus viel größere Nachteile entspringen als diejenigen, welche sich an das geltende Recht knüpften."

§ 771 B.G.B. lautet: „Der Bürge kann die Befriedigung des Gläubigers verweigern, solange der Gläubiger nicht eine Zwangsvollstreckung gegen den Schuldner erfolglos versucht hat". Es handelt sich bei dieser Fassung des § 771 zweifellos nicht um eine bedingte Haftung des Bürgen, die erst zur faktischen wird durch die Tatsache, daß der Gläubiger eine Zwangsvollstreckung

[1]) Protokolle, II, S. 465.
[2]) Motive, S. 668.

gegen den Hauptschuldner erfolglos versucht hat, sondern der Bürge haftet zunächst durchaus unbedingt; dies folgert aus der Fassung des § 771 sowie aus dem vom Gesetz angenommenen Bürgschaftsbegriff, worin man sich entgegen der Bestimmung des Entwurfes I § 668[1]) jeder Aufnahme des subsidiären Moments der Verpflichtung enthalten hat.

Aus dem vom Gesetz angenommenen Bürgschaftsbegriff ergibt sich somit keinerlei Verpflichtung für den Gläubiger, erst in irgend einer Weise gegen den Schuldner tätig zu werden, bevor er den Bürgen in Anspruch nimmt. Ergäbe sich die vorherige Ausklagung aus dem Bürgschaftsbegriff, was dann besonders darin hätte zum Ausdruck gebracht werden müssen, so würde der Gläubiger die erfolgte Ausklagung in seiner Klagebegründung als Klagebedingung aufzuführen haben und das Vorbringen des Beklagten würde nicht den Charakter einer Einrede, sondern der negativen Streiteinlassung haben; der Richter müßte den Gläubiger ex officio wegen mangelnder Klagsubstanzierung ab actione abweisen. Aus dem im Gesetz (§ 765) aufgestellten Bürgschaftsbegriff ergibt sich an sich das Erfordernis der vorherigen Ausklagung keineswegs. Es wird somit die subsidiäre Haftung des Bürgen erst in dem Augenblick aktuell, wo dieser auf die Klage des Gläubigers die „Einrede der Vorausklage" geltend macht. Es handelt sich sonach bei dieser Einrede nicht um eine Leugnung des Klagegrundes, sondern um eine wahre, aufschiebende Einrede: — „Der Bürge kann verweigern, solange", — die den an und für sich unbedingten Anspruch des Gläubigers zu einem bedingten macht.

Der gegen den Bürgen klagende Gläubiger hat somit, da sein Anspruch ein durchaus unbedingter ist, als Fundament seiner Klage die rechtsbegründenden und rechtserzeugenden Tatsachen, nämlich den Abschluß des Bürgschaftsvertrags und zufolge der accessorischen Natur seiner Verpflichtung das Bestehen der Hauptverbindlichkeit darzutun. Macht nun der Bürge von seinem Einrederecht keinen Gebrauch, so würde der Gläubiger mit seiner Klage

[1]) § 668: „Durch den Bürgschaftsvertrag wird der Bürge gegenüber dem Gläubiger eines Dritten verpflichtet die Verbindlichkeit des letzteren zu erfüllen, wenn die anderweite Erfüllung derselben unterbleibt."

zweifellos durchdringen und eine Verurteilung des Bürgen erzielen.

Wie nun aber, wenn der Bürge von der Einrede der Vorausklage Gebrauch macht? Hiemit macht er nach den obigen Ausführungen seine Verpflichtung zu einer bedingten, der Gläubiger muß darum, wenn anders er nunmehr mit seinem Anspruch durchdringen will, eine Zwangsvollstreckung in das Vermögen des Schuldners erfolglos betrieben haben. Der Gläubiger muß ergo seinem Klagebegehren den Nachweis der erfüllten Bedingung, der erfolgten Ausklagung hinzufügen oder eine der Voraussetzungen nachweisen, die ihn derselben enthebt.

Nicht der Bürge hat demnach den Beweis zu erbringen, daß die Ausklagung, bezw. Zwangsvollstreckung seitens des Gläubigers noch nicht erfolgt ist. Im Gegensatz zur allgemeinen Regel, wonach der eine wahre Einrede Vorschützende für die Einredetatsachen beweispflichtig ist, ist hier bei der Einrede der Vorausklage die Beweislast in einer ganz anderen Weise verteilt, — entsprechend dem eigenartigen Charakter dieser Einrede. Die Entstehung dieses Einrederechts des Bürgen erfolgt ja aus seiner Verbürgung: kraft gesetzlicher Bestimmung ist dem Bürgen die Einrede verliehen, es bedarf hiezu gar keines besonderen Beweises. Das Vorhandensein der Verbürgung, des Bürgschaftsvertrages ergibt sich nun aus dem Klagvorbringen des Gläubigers. Nimmt dieser einmal den Bürgen in Anspruch, so hat er damit auch ohne weiteres die Existenz des Einrederechts zugegeben. Der Bürge wird somit eines jeglichen Beweises enthoben, dagegen hat nach Geltendmachung der Einrede nunmehr der Gläubiger den Beweis zu erbringen, daß er im Zwangsvollstreckungsweg keine Befriedigung vom Hauptschuldner habe erlangen können.

Zu dem gleichen Resultat gelangt auch, wenngleich nicht auf ganz unbedenklichem Wege Seyfferth.[1]) Er erkennt nämlich die Einrede nicht als echte Einrede an; die Notwendigkeit der vorherigen Ausklagung des Hauptschuldners ergibt sich zwar nach ihm auch nicht aus dem Bürgschaftsbegriff, wohl dagegen aus dem begriffswesentlichen Zweck der Bürgschaft, der auf nicht mehr geht als daß der Gläubiger vor Verlusten hinsichtlich des

[1]) Seyfferth a. a. O. S. 61.

Hauptschuldners bewahrt bleiben soll. Hieraus ergibt sich nun, daß die Inanspruchnahme des Bürgen erst erfolgen soll, nachdem sich herausgestellt hat, daß der Hauptschuldner für seine Person die Verbindlichkeit nicht mehr zu erfüllen vermag. Diese Erwägung führt aber zu dem Resultat, daß es Sache des Gläubigers ist, den fruchtlos erfolgten Versuch der Zwangsvollstreckung gegen den Hauptschuldner zu beweisen, wenn der Bürge die Einrede aus § 771 vorschützt.

Dieser Argumentation Seyfferths ist jedoch meines Ermessens nicht beizupflichten. Der Zweck der Bürgschaft geht ja keineswegs einzig und allein dahin, daß der Gläubiger vor Verlusten hinsichtlich des Hauptschuldners bewahrt bleiben soll, sondern einfach darauf den Gläubiger durch Verbürgung eines Dritten überhaupt vor Verlusten zu bewahren. Es läßt sich weiter aus diesem Bürgschaftszweck auch nicht die Verpflichtung des Gläubigers herauskonstruieren nunmehr seinerseits die Erfüllung der Konsequenzen des Bürgschaftszweckes beweisen zu müssen. Gemäß unsern obigen Ausführungen werden wir demnach trotz der entgegenstehenden Meinung Seyfferths, der zudem seine Ansicht, daß die Einrede nicht als echte Einrede anerkannt werden dürfe, gar nicht weiter begründet, in der Einrede der Vorausklage doch eine wahre Einrede zu erblicken haben und demgemäß die Beweislast in dem oben angegebenen Sinne regeln müssen.

Zu bemerken ist übrigens, daß die Einrede der Vorausklage nicht die einzige Einrede des B.G.B. ist, bei der die Beweislast in einer von der allgemeinen Regel abweichenden Weise verteilt ist; auch bei der Einrede des nicht erfüllten Vertrags (§ 320 B.G.B.) hat nicht der die Einrede vorschützende Beklagte, sondern anerkanntermaßen der Kläger den Beweis zu ihrer Entkräftung zu führen.

Oft bedarf es gar nicht einer eigentlichen Voraus„klage" im Sinne des Gesetzes, so z. B. dann nicht, wenn der Gläubiger ohne eine solche eine Zwangsvollstreckung vornehmen kann, wie auf Grund eines vollstreckbaren Titels, den er vor oder nach Abschluß des Bürgschaftsvertrags erlangt hat.[1])

Nach alledem haftet somit der Bürge nicht schlechthin, sondern

[1]) Oertmann zu § 771 Ziff. 3, S. 948.

bei Geltendmachung seiner Einrede der Vorausklage erst dann, wenn die Hilfe des Gerichtes gegen jenen fruchtlos angerufen ist; jedoch hat das Gesetz bei dieser Regelung der Einrede der Vorausklage doch nicht einzig und allein die Interessen des Bürgen, sondern auch die des Gläubigers wahrgenommen, dessen Rechte ja durch die so günstige Stellung des Bürgen nur allzusehr verkürzt worden wären. Dies ist dadurch geschehen, daß man in solchen Fällen, wo die Belangung des Hauptschuldners von vornherein aussichtslos oder besonders erschwert erscheint, Ausnahmen von der Subsidiarität vorgesehen hat.

So genügt es im Falle des § 772 B.G.B., wenn die Bürgschaft für eine Geldforderung eingegangen ist, daß der Gläubiger die Zwangsvollstreckung in das im Besitz des Schuldners befindliche Vermögen erfolglos versucht hat.

Andererseits verlangt das B.G.B. von dem Gläubiger, daß er, falls ihm ein Pfandrecht oder ein Zurückbehaltungsrecht an einer beweglichen Sache des Hauptschuldners zusteht, zunächst dieses ausübt, daß er in dieser Sache Befriedigung sucht; steht aber dem Gläubiger ein solches Recht an der Sache auch für eine andere Forderung zu, so gilt dies nur, wenn beide Forderungen durch den Wert der Sache gedeckt sind.[1])

Ausgeschlossen ist endlich die Einrede der Vorausklage in allen Fällen, in denen die Erfolglosigkeit oder die Erschwerung der Zwangsvollstreckung derartig feststeht, daß dem Gläubiger ein nutzloser Versuch nicht wohl zugemutet werden kann. — Selbstverständlich kann auch nach B.G.B. auf die Einrede der Vorausklage verzichtet werden und es kann ebenso wie im gemeinen Recht ein solcher Verzicht namentlich darin gefunden werden, daß der Bürge sich als Selbstschuldner verbürgt.

IV. Einreden aus der dem Gläubiger obliegenden Diligenzpflicht.

Zu erörtern bleibt schließlich noch eine Frage, deren Beantwortung für die Verteidigungsstellung des Bürgen von weit-

[1]) § 772 Abs. II B.G.B.

tragender Bedeutung ist: es handelt sich darum, ob der Gläubiger während der Dauer der Bürgschaft zu irgend einer Art Diligenz dem Bürgen gegenüber verpflichtet ist, m. a. W. ob der Bürge von seiner Haftung dem Gläubiger gegenüber nicht befreit wird, wenn ihm zustehende Rechte durch ein schuldhaftes Verhalten des Gläubigers verletzt werden. Zwei Rechte sind es, die hier namentlich in Betracht kommen: die Einrede der Vorausklage und der Eintritt des Bürgen in die Rechte des befriedigten Gläubigers. Diese Rechte können in Mitleidenschaft gezogen werden, wenn der Gläubiger durch ein positives Tun oder durch ein bloßes Unterlassen die Vernichtung oder auch nur die Verkürzung seines Anspruchs gegen den Hauptschuldner herbeiführt. So kann durch sein Verhalten die erfolgreiche Ausklagung des Hauptschuldners vereitelt werden, so daß der Vorteil der Haftung für den Bürgen entfallen dürfte. Insbesondere aber besteht in einem solchen Fall der Nachteil des Bürgen darin, daß er nach Befriedigung des Gläubigers von dem ihm gemäß § 774 jetzt zustehenden Anspruch gegen den Hauptschuldner nunmehr keinen oder doch nur sehr geringen Gebrauch machen kann.

Nach dem Recht des bürgerlichen Gesetzbuches ist einzig und allein der Gläubiger berechtigt und der Bürge verpflichtet.[1]) In keiner Weise hat das Gesetz anerkannt, daß der Gläubiger infolge des gesetzlichen Überganges der Klage auf den zahlenden Bürgen verpflichtet wäre die Klage zu erhalten oder wenigstens ihren Untergang nicht zu befördern, es hat vielmehr von der Festsetzung einer allgemeinen Diligenzpflicht abgesehen und eine Befreiung des Bürgen nur beim Aufgeben gewisser Sicherungen seitens des Gläubigers angeordnet (§ 776 B.G.B.).

Einzig und allein in den Bestimmungen dieses Paragraphen tritt heutzutage noch eine Diligenzpflicht des Gläubigers zu tage, nicht dagegen ist dies, wie Plank[2]) fälschlich annimmt, der Fall bezüglich des § 777. Hier handelt es sich nur um zeitlich beschränkte Bürgschaften und zwar um solche, die für schon bestehende Verbindlichkeiten übernommen wurden. Der Gläubiger hat in diesem Falle unverzüglich das Eintreibungsverfahren durchzuführen

[1]) Vgl. auch Motive, S. 679.
[2]) Plank, zu § 777. Ziff. 4 S. 485.

und unverzüglich darnach dem Bürgen anzuzeigen, daß er ihn in Anspruch nehme. Diese Bestimmung ist jedoch nicht zu Gunsten des Bürgen, sondern ausschließlich zu Gunsten des Gläubigers gegeben, das wesentliche Moment der Vorschriften über die Diligenzpflicht, daß sie dazu dienen sollen den Bürgen zu schützen, fehlt vollständig. Der § 777 steht somit mit der Frage, ob der Gläubiger beim Vorliegen gewisser Umstände die Pflicht hat sofort gegen den Hauptschuldner vorzugehen, in gar keinem Zusammenhang.

Es fragt sich nun, ob es abgesehen von der besonderen Diligenzpflicht des § 776 noch eine allgemeine vom Gläubiger gegenüber dem Bürgen zu beobachtende Diligenzpflicht gibt. Die Bestimmung des § 776, die rein positiv rechtlichen Inhalt hat, zu verallgemeinern, geht keineswegs an. Wie jedoch kann sich der Bürge schützen, wenn der Gläubiger nach Eingehung des Bürgschaftsverhältnisses dem Hauptschuldner Stundung gewährt, ihm gegenüber in Annahmeverzug gerät oder gar dem Hauptschuldner zur Flucht ins Ausland verhilft und dann den Bürgen in Anspruch nimmt?

Die Motive[1]) bemerken zu dieser Frage: „Wesen und juristischer Begriff der Bürgschaft gestatten nicht anzunehmen, daß die Rechte des Gläubigers von irgend welchem Benehmen desselben abhängen. Insbesondere läßt sich eine solche Annahme nicht darauf gründen, daß dem Bürgen zwei Rechtswohltaten, nämlich die Einrede der Vorausklage und der Eintritt in die Rechte des befriedigten Gläubigers vom Gesetze eingeräumt wird. . . . Jede Diligenzpflicht ist außerdem deshalb zu verneinen, weil der Wert der Bürgschaft durch die Imputierung solcher Pflichten beträchtlich beschränkt würde und in der Praxis zahlreiche Streitigkeiten hervorgerufen werden könnten. Eine unbestimmte Abgrenzung der Diligenzpflicht wäre überdies nicht angängig, weil stets solche praktische Bedenken damit verknüpft wären."

Diese Gründe gegen die Annahme einer allgemeinen Diligenzpflicht sind meines Ermessens zutreffend. Zurückzuweisen ist darum auch die entgegengesetzte Anschauung Seyfferths[2]). Warum auch sollte man an den Gläubiger das durchaus unbillige

[1]) Motive, Bd. II, S. 678 ff.

[2]) Seyfferth, a. a. O., S. 69.

Verlangen stellen, jederzeit „sowohl bei Entstehung der Hauptschuld als auch bei ihrer Beitreibung die Augen offen zu halten?" Seine Begründung ferner „im Hinblick auf die ganze moderne Rechtsentwicklung und die allgemeine heutige Rechtsüberzeugung, wie sie sich besonders auch im Geiste und den sämtlichen Gebieten, vor allem den allgemeinen Bestimmungen des B.G.B. wiederspiegle, sei der Gläubiger bei der dem Gesetzbuch nun einmal innewohnenden Fassung für jede culpa haftbar, deren er sich beim Zustandekommen der Hauptschuld und ihrer Beitreibung schuldig macht" — dürfte wohl mit Recht gegenüber dem klaren Wortlaut der Motive zurückzuweisen sein.

Eine andere Meinung hat ferner die Diligenzpflicht des Gläubigers aus § 242 zu folgern gesucht: so z. B. Marcus.[1]) Nach ihm steht das ganze Bürgschaftsverhältnis unter dem Einfluß von Treu und Glauben, eines an die Stelle der gemeinrechtlichen bona fides getretenen Begriffes. Trotzdem eine eigentliche Verpflichtung nur auf Seiten des Bürgen bestehe, trotz des Fehlens der substanziellen Gegenseitigkeitsverbindlichkeit würden doch Gläubiger und Bürger durch das Band der bona fides verknüpft (§ 242 B.G.B.). Aus diesem im § 242 aufgestellten Prinzip sei der Schluß zu ziehen, daß der Gläubiger keinesfalls etwas vornehmen dürfe, was dazu führen könnte, die dem Bürgen aus dem Bürgschaftsverhältnis gesetzlich zustehenden Rechte zu vernichten oder abzuschwächen.

Meines Ermessens operiert diese Auffassung mit einer etwas irrtümlichen Anwendung des § 242: Dieser § greift keineswegs Platz, da durch den Bürgschaftsvertrag an sich für den Gläubiger nur Rechte, keine Pflichten begründet werden, es kann sich somit auf der Seite des Gläubigers nicht um eine „Leistung" handeln, die nach Treu und Glauben zu bewirken wäre. Die „Leistung" des Gläubigers besteht nach Marcus darin, daß er die nach § 774 B.G.B. auf den Bügen übergehende Forderung dem Bürgen zu erhalten habe, insofern sei er Schuldner. Meines Erachtens ist aber eine derartige Verpflichtung des Bürgen nicht aus dem Wortlaut des § 774 zu folgern, mithin auch von einer Leistung nach § 242 keine Rede. Alle Versuche der Gegenmeinung

[1]) Marcus, im „Recht", Jahrg. 1903, S. 456 ff.

aus dem Verhalten des Gläubigers eine Leistung im Sinne des § 242 herauszukonstruieren, sind als gescheitert zu erachten, ja es mutet geradezu köstlich an, wenn z. B. Seyfferth die unsubstanzielle Leistung des Gläubigers, seine Schuldnerqualität im Sinne des § 242 mühsam findet „in der Einrichtung(!) seines Verhaltens gegenüber dem Hauptschuldner, dem Bürgen und etwaigen anderen Mitbürgen". Hier von einer Leistung im Sinne von § 242 zu sprechen ist durchaus unangängig. § 242 kann demnach durchaus nicht zu Gunsten einer allgemeinen Diligenzpflicht des Gläubigers verwertet werden.

Eine andere Frage ist es, ob nicht § 157 hiefür in Betracht kommen dürfte. Mit Kaufmann[1]) glaube ich mich dahin entscheiden zu müssen, daß wohl in dem von Eck[2]) angeführten Beispiel: „Der Gläubiger entzieht dem Hauptschuldner durch Spiel sein Vermögen und belangt dann den Bürgen" der Bürge nach § 157 die Leistung in soweit zu verweigern berechtigt ist als das Vermögen des Schuldners zur Befriedigung ausgereicht hätte. Allerdings würde er nach formellem Recht auch in diesem Fall die Verpflichtung erfüllen müssen, da entweder § 773 Ziff. 3 oder 4 vorliegen wird.

Ebenso möchte ich diese exceptio doli generalis dem Bürgen gewähren, wenn der Gläubiger in treuloser, vorsätzlicher Weise seine Rechte aus dem Bürgschaftsvertrag ausnutzt. Ein solches gegen Treu und Glauben verstoßendes Verhalten liegt dann vor auf seiten des Gläubigers, wenn er den Bürgen vorsätzlich in seinen Rechten schädigt oder darauf in Anspruch nimmt. Entschieden aber ist der von Marcus vertretenen Auffassung entgegenzutreten, daß der Gläubiger für jedes Versehen gegenüber dem Bürgen hafte, mag es seinen Grund auch nur in der allergeringsten Fahrlässigkeit haben. Keinesfalls kann doch die Auslegung des Bürgschaftsvertrags so weit gehen, daß nach Treu und Glauben der Bürge bei bloßer Fahrlässigkeit des Gläubigers frei wird. Die Tendenz des Bürgschaftsvertrags geht mehr oder minder dahin den Gläubiger vor Verlusten zu bewahren. Wenn nun aber der Gläubiger fortwährend darauf bedacht sein müßte die Lage des Bürgen nicht zu verschlechtern, sich niemals

[1]) Kaufmann, Die Diligenzpflicht des Gläubigers gegenüber dem Bürgen nach heutigem Recht, S. 11 ff.

[2]) Eck, Bd. I, S. 572.

trotz der vorhandenen Bürgschaft auch nur die geringste Sorglosigkeit oder Nachlässigkeit zu schulden kommen zu lassen oder wenn er sogar gezwungen wäre, eine Bewachung der Vermögensverhältnisse des Schuldners vorzunehmen, so wäre das eine durchaus unbillige Zumutung, wie man sie an den Gläubiger keinesfalls stellen darf: er wäre ja gezwungen ebenso zu verfahren wie er, ohne Sicherung durch einen Bürgen, seine Forderung vor dem gänzlichen oder teilweisen Untergang schützen müßte. Es würde zudem bei der weiten Ausdehnung des Begriffes Fahrlässigkeit der Gläubiger nur in den äußersten Fällen vor Schaden sicher sein, in denen es unmöglich ist einen Verstoß gegen die Wahrnehmung seiner Rechte zu machen.

Nach alledem ist somit — in Übereinstimmung übrigens auch mit der herrschenden Meinung — eine allgemeine Diligenzpflicht des Gläubigers gegenüber dem Bürgen zu verneinen, höchstens abgesehen von den gemäß § 157 bedingten Modifikationen. Der Bürge ist sonach nicht befugt vom Gläubiger die Anfechtung einer Rechtshandlung zu verlangen oder ihn zur Anmeldung seiner Forderungen im Konkurs über das Vermögen des Hauptschuldners zu veranlassen.[1]) Der Gläubiger ist des weiteren nicht verpflichtet den Bürgen von einem das Vermögensverhältnis des Hauptschuldners betreffenden Vorgang, namentlich von der Einleitung einer Zwangsvollstreckung gegen diesen zu benachrichtigen[2]) oder von dem Verkauf des ihm zur Sicherheit übergebenen Inventars des Schuldners Mitteilung zu machen. Der Bürge ist auch nicht berechtigt vom Gläubiger die Belangung des Schuldners bei Vermeidung gewisser Nachteile zu verlangen;[3]) der Gläubiger haftet eben nicht für culpa in exigendo. Der Bürge kann des weiteren nicht verlangen, daß der Gläubiger die Schuld sofort nach Eintritt der Fälligkeit beim Hauptschuldner einzieht[4]) oder daß er unverzüglich

[1]) vgl. Seufferts Archiv, Bd. 50 Nr. 165. — Nach der Ansicht Marcus (vgl. oben) wird der Bürge frei, wenn das Nichtanmelden durch ein Verschulden des Gläubigers verursacht worden ist. Folgerichtig müßte auch der Gläubiger ständig auf der Hut sein und darüber wachen, ob Umstände eintreten, die verlangen, daß er zur Sicherung seiner Forderung gegen den Hauptschuldner Vorkehrungen trifft.

[2]) vgl. Entscheidung des Reichsgerichts Bd. 65, S. 134 ff.

[3]) vgl. Staudinger a. a. O. Anm. 2 zu § 776.

[4]) vgl. Entscheidung des Reichsgerichts im „Recht" 1907 Nr. 4401.

gegen den Hauptschuldner vorgeht, wenn dieser in Konkurs gerät.[1]) Er kann ferner nicht begehren, daß der Gläubiger von einem Kündigungsrecht wegen Verzugs des Hauptschuldners in der Zahlung der Zinsen Gebrauch mache noch auch kann er einer dem Hauptschuldner gewährten Stundung widersprechen.

Auch für den Fall, daß der Gläubiger sich in unentschuldbarem Annahmeverzug befindet, dürfte keine Ausnahme zu machen sein. Allerdings war in der Kommission ein dahin gehender Antrag gestellt mit der Begründung, daß der Gläubiger doch mindestens eine gewisse Rücksicht auf den Bürgen nehmen müsse und daß es die mindeste Rücksicht sei, daß er nicht die vom Hauptschuldner angebotene Leistung zurückweise um sich an den Bürgen zu halten; der Fall, für den die Bürgschaft übernommen sei, liege so lange nicht vor als die angebotene Leistung vom Gläubiger nicht angenommen werde.

Dieser Antrag wurde jedoch als „anomal" abgelehnt.[3]) Meines Erachtens mit Recht; denn die Annahmeverweigerung des Gläubigers erfolgt in den allerwenigsten Fällen aus Chikane und es ist auch durchaus nicht einzusehen, weshalb der Bürge durch den Annahmeverzug des Gläubigers befreit werden soll, während der Hauptschuldner selbst nicht frei wird. Es ist darum der gegenteiligen Ansicht Dernburgs,[4]) der dem Bürgen in diesem Falle eine exceptio doli gegen den Gläubiger einräumen möchte, nicht beizupflichten.[5])

Eine allgemeine Diligenzpflicht des Gläubigers ist somit nicht anzunehmen. Immerhin ist der Bürge selbst bei Nachlässigkeit des Gläubigers nicht völlig schutzlos. Das Gesetz gewährt ihm vielmehr in solchen Fällen drei Schutzmittel:[6])

1. Der Bürge kann im Fall des § 775 Befreiung vom Hauptschuldner verlangen;

---

[1]) Plank und Neumann zu § 776.
[2]) Protokolle II, S. 482.
[3]) Protokolle II, S. 483.
[4]) Dernburg, § 290 Anm. 9 zu III. vgl. auch Crome, Bd. II § 298 Nr. 3a.
) ebenso Oertmann zu § 776, 2c.
[6]) Oertmann, zu § 776, Ziff. 3 S. 858.

2. er kann den Gläubiger befriedigen und sich dann mittels des kraft Gesetzes auf ihn übergegangenen Gläubigeranspruches an dem Hauptschuldner schadlos halten (§ 774);

3. er hat schließlich gegenüber dem Gläubiger den Schutz aus § 826.

Der Schutz, der hiemit dem Bürgen gewährt ist, ist keineswegs von geringer Bedeutung. Allerdings handelt es sich in § 775 nur um einige wenige Fälle, so daß also dieses Schutzmittel versagen würde, wenn ein schuldhaftes Verhalten des Gläubigers den Bürgen in eine Notlage bringen würde. Jedoch bietet der § 774 zweifellos dem Bürgen genügenden Schutz sich gegen einen ihm aus der Nachlässigkeit des Gläubigers drohenden Schaden zu sichern:[1]) er kann den Gläubiger befriedigen und dann gegen den Schuldner vorgehen. Ein „unbilliges Ansinnen an den Schuldner"[2]) ist meines Ermessens hierin durchaus nicht zu erblicken. Hat ferner der Gläubiger arglistig die Interessen des Bürgen beeinträchtigt, so haftet er ihm aus § 826: er hat damit ein subjektives Recht ausgeübt, wodurch eine Schädigung des Bürgen herbeigeführt worden ist.

Eine allgemeine Diligenzpflicht des Gläubigers ist somit dem B.G.B. fremd. Doch steht dem Bürgen immerhin die Möglichkeit offen, abgesehen von der besonderen Diligenzpflicht des § 776 B.G.B., eine weitergehende Diligenz desselben zu beanspruchen: in dem Falle nämlich, wenn er sich durch einen dahingehenden Vertrag eine solche vom Gläubiger hat zusichern lassen.[3]) So soll z. B. nach der Vertragsvereinbarung der Gläubiger, der es fahrlässigerweise verabsäumt hat vom Hauptschuldner Befriedigung zu verlangen, vom Bürgen nichts mehr fordern können. Hat sohin der Gläubiger entgegen der vertragsmäßig übernommenen Verpflichtung vorsätzlich oder fahrlässig seine Forderung gegen den Hauptschuldner beeinträchtigt, so würde dies sein vertragswidriges Verhalten zwar nicht einen Schadenersatzanspruch des Bürgen

[1]) Vgl. auch die Motive Bd. II, S. 679, die den Bürgen dahin verweisen „bei Passivität des Gläubigers gegen den in eine bedenkliche Lage geratenen Schuldner den Gläubiger zu befriedigen und damit dessen Rechte gegen den Schuldner zu erwerben".

[2]) vgl. auch Dernburg § 290 zu III Anm. 8: ein „mageres Auskunftsmittel".

[3]) Plank zu § 776, Ziff. 4, S. 843; Motive Bd. II, S. 679 ff.

begründen, mit dem er dann gegen die Gläubigerforderung aufrechnen könnte, wie Plank irrtümlich annimmt, wohl aber eine Einwendung aus dem Bürgschaftsvertrag, die er gegen die Forderung des Gläubigers aus der Bürgschaftsschuld wirksam geltend machen kann.

Gegen Plank wendet sich mit treffenden Gründen Siber[1]; er meint es sei verkünstelt und entspreche nicht dem Parteiwillen, wenn die Verpflichtung des Bürgen hier ungemindert fortdauern, dem Bürgen aber ein Gegenanspruch wegen schuldhafter Verletzung der zum Übergang auf ihn bestimmten Hauptforderung zustehen solle. Er ist der Ansicht, der Gläubiger ginge dann einfach seines Anspruchs verlustig, da der Bürge kein über seine eigene Befriedigung hinausgehendes Interesse an der Beobachtung der Diligenzpflicht seitens des Gläubigers habe. Dieser Auffassung ist meines Ermessens durchaus beizupflichten. Die vertragsmäßige Übernahme der Diligenzpflicht bedeutet ja nichts weiter als eine Erweiterung der durch Gesetz — wenn auch in bescheidenen Schranken — dem Gläubiger auferlegten Diligenzpflicht. Hier eine wirkliche Verpflichtung anzunehmen, deren Verletzung zum Schadensersatz zwingt, dürfte meines Erachtens entschieden zu weit gehen. Andererseits kann man auch nicht dazu kommen, daß der Bürge seinen Anspruch gegen den Gläubiger ipso iure verlieren sollte. Wie dem Bürgen bei Verletzung der kraft Gesetzes dem Gläubiger obliegenden Diligenzpflicht eine Einrede hat, so dürfte ihm auch eine solche dann zustehen, wenn der Gläubiger die ihm kraft vertragsmäßiger Vereinbarung obliegende Diligenzpflicht schuldhaft verletzt.

Schließlich bleibt noch die Frage zu erörtern, ob auch eine Diligenzpflicht des Gläubigers anzunehmen ist, wenn sich der Bürge für künftig erst mögliche Verbindlichkeiten verbürgt hat. Wird auch hier aus dem Vertrag die Verpflichtung des Gläubigers abzuleiten sein, daß er die Entstehung der Verbindlichkeit möglichst verhütet? Ich glaube nicht, daß man dem Resultat Planks[2])

[1]) Siber Rechtszwang S. 41 u. 247: Wenn man hier von einer Diligenzpflicht des Gläubigers gegenüber dem Bürgen spricht, so wird man deshalb nur an den drohenden Verlust des Anspruchs gegen den letzteren bei Verzögerung der Vorausklage, nicht an einen der Bürgschaftsverpflichtung gegenüber aufrechnungsfähigen Ersatzanspruch zu denken haben.

[2]) Plank zu § 776 Ziff. 4. Seyfferth a. a. O. S. 69 ff.

und Seyfferths zustimmen soll, die dem Gläubiger in solchen Fällen die Pflicht zuschreiben das Zustandekommen solcher Verbindlichkeiten möglichst zu verhüten und stets eine sorgfältige Kontrolle zu üben, bin vielmehr der Ansicht, daß der Bürge nur dann von seiner Verbindlichkeit frei wird, wenn der Gläubiger durch ein vorsätzliches Handeln oder Unterlassen die Entstehung jener Verbindlichkeit ermöglicht. Von prinzipieller Bedeutung ist diese Frage in folgendem Fall geworden[1]): Es hatte sich jemand für den Schaden und die Nachteile, die ein anderer durch die Schuld eines von ihm angestellten Kassiers erleiden würde, unter Verzicht auf die Einrede der Vorausklage verbürgt. Dadurch nun, daß es der Dienstherr unterließ eine sorgfältige Kontrolle auszuüben, war der Kassier in der Lage bedeutende Summen zu unterschlagen, wegen deren nun der Bürge verklagt wurde. Entgegen auch der von Plank vertretenen Ansicht kam hiebei das Reichsgericht zu dem Ergebnis, daß der Zweck der Sicherung völlig verfehlt wäre, wenn stets mit dem größten Mißtrauen kontrolliert und doch erwartet werden müßte, daß alle Maßregeln als nicht genügend angesehen werden. Das Reichsgericht läßt darum den Bürgen nur dann frei werden, wenn das Unterlassen der Kontrollierung auf Vorsatz und grobem Verschulden des Bürgschaftsgläubigers beruht. Dieser Entscheidung ist meines Erachtens durchaus beizupflichten: nur dann, wenn der Gläubiger durch vorsätzliches oder auf grobem Verschulden beruhendes Handeln oder Unterlassen die Entstehung solcher Verbindlichkeiten ermöglicht, wird man den Bürgen von seiner Verbindlichkeit frei werden lassen; würde allerdings in obigem Beispiel der Gläubiger auch nur das kleinste auf Unehrlichkeit beruhende Manko des Kassiers entdecken, so ist es seine Pflicht denselben unverzüglich zu entlassen; diese Forderung aus dem Abschluß des Vertrags zu ziehen ist durchaus gerechtfertigt.

§ 18.

V. Verlust der Einreden.

Bei dem engen Abhängigkeitsverhältnis zwischen Hauptschuld und Bürgschaftsschuld dürfte schließlich die Frage nicht ganz un-

[2]) Entscheidung des Reichsgerichts Bd. 29, S. 141.

interessant sein, ob der Bürge, der an den dem Hauptschuldner zu Gebote stehenden Einreden teilnimmt, durch deren Verlust rechtswirksam betroffen wird.

Einer Einrede kann der Haupttschuldner verlustig gehen durch vertragsmäßigen Verzicht oder durch Versäumung der Geldmachung im Prozeß. Dieser Verlust der Einreden des Hauptschuldners wirkt jedoch nicht auch eo ipso gegen den Bürgen, so daß dieser nicht mehr im stande wäre dieselben weiter geltend zu machen. Da der Grund für die Ausdehnung der Einreden des Hauptschuldners auf den Bürgen in dem Interesse und in der Schutzbedürftigkeit des letzteren zu suchen ist, so ergibt sich gemäß §§ 767, 768 die weitere Folge, daß dem Bürgen diese ihm kraft eigenen Rechtes zustehenden Rechtsbehelfe nicht willkürlich vom Hauptschuldner entzogen werden können[1]). Der Bürge muß, wie wir bereits oben gesehen haben, mit seinem Rechte schalten und walten können, wie es ihm beliebt. Seine Einreden dürfen daher niemals der Dispositionsbefugnis des Hauptschuldners unterliegen. Zudem würde ein derartiger Verzicht des Hauptschuldners auf eine entstandene Einrede eine rechtsgeschäftliche Erweiterung der Verpflichtungen des Bürgen darstellen und darum in Anwendung des Grundsatzes § 767 Abs. I Satz überhaupt nicht gegen ihn wirken. Was für die Einreden des Schuldners im engeren Sinn gilt, gilt auch für alle Einwendungen. Auch ein Verzicht auf derartige Einwendungen wäre ein der Verbürgung nachfolgendes Geschäft des Hauptschuldners, welches jedoch die Verpflichtung des Bürgen nicht ohne dessen Zustimmung erweitern kann.

Wie nun aber, wenn der Hauptschuldner auf die seiner Verfügungsmacht unterliegenden Willenserklärungen, deren noch ausstehende Möglichkeit dem Bürgen die verzögerlichen Einreden des § 770 gewährt, Verzicht leistet? Einen derartigen Verzicht muß der Bürge wohl gegen sich gelten lassen, zumal die Erklärung dieser Rechte — wie Anfechtung, Aufrechnung und Wandelung — durchaus der Dispositionsbefugnis des Hauptschuldners unterliegt.

Dagegen kann nicht der Bürge selbst für seine Person auf die Geltendmachung der ihm zustehenden Einreden des Haupt-

[1]) Dieser Grundsatz ist schon zur Genüge im gemeinen Recht zum Ausdruck gekommen: l. 62 D. de pactis 2, 14: sed verius est semel acquisitam fideiussori pacti exceptionem alterius ei extorqueri non posse.

schuldners verzichten; würde doch ein solcher Verzicht im schroffsten Gegensatz stehen zu dem Grundsatz der Accessorietät zwischen Bürgschaftsverbindlichkeit und Hauptschuld, es käme, da das der Bürgschaft wesentlichste Prinzip hiemit vollkommen durchbrochen wäre, kein Bürgschaftsversprechen und keine Bürgschaftspflicht mehr in Frage, sondern ein Versprechen, das seinen Giltigkeitsgrund in einem ganz anderen Faktum — etwa Schuldübernahme, Schuldversprechen — haben dürfte.[1]) Nach Windscheid würde hier ein Garantievertrag vorliegen.

Schließlich dürfte noch kurz die Frage zu streifen sein, ob der Bürge dem Hauptschuldner gegenüber zu einem Verzicht auf Einreden berechtigt ist. Diese Frage bestimmt sich ähnlich der Frage, ob der Bürge zur Geltendmachung von Einreden verpflichtet ist, nach dem besonderen Rechtsverhältnis zwischen ihm und dem Hauptschuldner, nach dem causalen Verhältnis. Ist somit die Bürgschaft z. B. im Auftrag des Hauptschuldners übernommen, so kann der Bürge nicht etwa aus Bequemlichkeit ohne Rücksicht auf die Interessen und Einreden des Hauptschuldners die Auszahlung der Schuldsumme vollziehen; vielmehr bestimmt sich sein Rückgriffsverhältnis nach § 670 B.G.B., wonach er nur solche Aufwendungen, die er als notwendig erachten darf, in Rechnung stellen kann: die Auszahlung einer — ihm als solcher bekannten — einredebehafteten Schuld ist jedoch zweifellos nicht als notwendig zu erachten.

[1]) Motive Bd. II S. 662, Staudinger zu § 768, Ziff. 4 S. 713, Plank, zu § 768, Ziff. 4 S. 830, Oertmann zu § 768, Ziff. 3 S. 944.